



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

**Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel.
Zwanzig Beiträge zur Entstehung und Verbreitung des
Wissenschaftsverständnisses von Recht**

Senn, Marcel

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-142002>

Monograph

Published Version

Originally published at:

Senn, Marcel (2016). Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Zwanzig Beiträge zur Entstehung und Verbreitung des Wissenschaftsverständnisses von Recht. Zürich/St.Gallen: Dike.

Marcel Senn

Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel

Zwanzig Beiträge zur Entstehung und Verbreitung
des Wissenschaftsverständnisses von Recht



Marcel Senn

Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches
Selbstverständnis im Wandel

Prof. Dr. iur. Marcel Senn

Ordentlicher Professor für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte
und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel

Zwanzig Beiträge zur Entstehung und Verbreitung
des Wissenschaftsverständnisses von Recht



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2016

ISBN 978-3-03751-794-9

www.dike.ch

Vorwort

Es war und ist mir ein grundlegendes Anliegen, daran zu erinnern, dass und wie das sogenannt wissenschaftliche Wissen in der Rechtsgeschichte und in der Rechtsphilosophie entsteht bzw. entstanden ist, und wie sich dieses Wissen entlang des gesellschaftspolitischen Diskurses wandelt. Mit der Wiederveröffentlichung der zwanzig in diesem Band versammelten Beiträgen, die zwischen 1986 und 2015 erschienen sind, möchte ich mein wissenschaftliches Grundanliegen nochmals klar vertreten.

Die Herausgabe eines Sammelbandes mit Beiträgen ermöglicht es mir zugleich, meinen Freunden, Kollegen, Doktoren und Doktorierenden, gegenwärtigen und ehemaligen Assistierenden sowie Studierenden zu danken, die mich auf meinem Weg als Professor für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich seit 1995 begleitet haben.

Sehr gerne danke ich insbesondere meiner langjährigen Sekretärin und wissenschaftlichen Assistentin Katharina Niederberger (MLaw), die diesen Sammelband wie andere Bücher und Aufsätze zuvor sorgfältig und mit grossem Engagement betreut hat. Danken möchte ich ferner meinen Assistierenden stud. iur. Lea Schneider sowie BLaw Jasna Stojanovic, die ebenfalls zum Gelingen dieses Bandes beigetragen haben, und BLaw Livio Fenner für seine sorgfältige Schlussredaktion.

Schliesslich geht mein Dank an lic. iur. Peter Wipf, Geschäftsleiter des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, für seine Unterstützung dieser Publikation und insbesondere an Bénon Eugster vom Dike Verlag, Zürich, der während mehr als dreissig Jahren alle meine Bücher, einschliesslich dieses Sammelbands, mit seiner reichen Kenntnis und stets mit grossem Interesse realisieren half.

Zürich und Stäfa, 25. Februar 2016

Marcel Senn

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
“Law and Authority” A Political and Legal Paradigm by Thomas Hobbes and its Different Receptions in the USA, Canada, Britain and Germany since 1989	17
Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts Eine kritische Erörterung des Säkularisierungsbegriffs	35
Grundverständnis dieser Rechts- und Gesellschaftsphilosophie	55
Wozu sind Juristen auszubilden? Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform	65
The methodological debates in German-speaking Europe (1960–1990)	91
Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?	101
Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten	119
Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century?	127
Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie in der frühen Neuzeit	141
Grenzen und Risiken der Hirnforschung – Folgerungen für die Rechtsordnung	163
Was wollen wir wissen, und wo ist es überhaupt sinnvoll, weiterzudiskutieren? Einführungsreferat zur wissenschaftstheoretischen Grundlagenproblematik	175
War Thomasius Spinozist? – Zur Spinozismus-Rezeption an den brandenburg-preußischen Universitäten	195
Frei denken – staatlich handeln	217
Bank und Börse am Zürcher Finanzplatz im 19. Jahrhundert Eine rechtshistorische Skizze eines erfolgreichen Lernprozesses	235

«Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen	247
Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren	263
Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli	293
Spinoza und die Diskursethik	327
Juristenschicksale und Schicksalsjuristen	359
Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft Friedrich Hölderlins religiös-politische Utopie	375
Quellennachweise	387
Personenregister	391

Einleitung zur Auswahl der Beiträge¹

Inhaltsübersicht

I. Die Bedeutung der Grundlagenwissenschaft	1
II. Die Wissenschaftsdisziplin im Paradigmakontext	3
III. Die Beiträge im Einzelnen	7
IV. Fazit	15

I. Die Bedeutung der Grundlagenwissenschaft

Die gegenwärtige Wissensgesellschaft will Wissen, über das sie frei und schnell verfügen und das sie entsprechend auch verwerten kann. Die Wissenschaft soll diese Anforderungen befriedigen. In diesem Sinne wird Wissenschaft als Produzentin von nützlichem und nutzbarem Wissen verstanden. Wird Wissenschaft in der Weise instrumentell verstanden, dann macht man sie zur Lieferantin für von aussen bestimmte Interessen.

Gewiss, das kann Wissenschaft auch. Doch ihre Hauptaufgabe ist es nicht, dem Status einer Lieferantin zu genügen. Ihre zentrale gesellschaftliche Funktion besteht vielmehr darin, ein kritisch-reflexives Bewusstsein über die Bedeutung und Funktion von Wissen und Wissenschaft zu schaffen und zu erhalten. Denn eine bloss nutzenorientierte Perspektive, wie sie die Wissensgesellschaft heute in jedem disziplinären Fachgebiet einzufordern scheint, genügt nicht. Insbesondere sollte sie den Prozess der Kontextbildung, worin jeweils ein bestimmtes Wissen entsteht und besteht, verständlich machen, und sich selber möglichst davon frei halten, sich durch ein fremdbestimmtes Kalkül bestimmen zu lassen.

Gerade die kritische Einordnung des Wissens ist Aufgabe der Wissenschaft. Wissenschaft muss daher nicht nur die Qualität des Wissens, sondern auch dessen Kontextbezug, in dem Wissen entsteht und besteht, durch einen permanent refle-

¹ Marcel Senn (geb. 1954) ist seit 1995 Professor für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtsphilosophie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, deren Prodekan (2006–2008) und Dekan er von 2008 bis 2010 war. Ferner war er Präsident der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) von 2005 bis 2009.

xiven und kritischen Prozess gewährleisten, und sich daher als Produzentin dieses Wissens selber stets kritisch hinterfragen und hinterfragen lassen.

Nur dadurch unterscheidet sie sich von allen anderen Produzenten und Interessenten, die von und mit Wissen handeln. Erst diese selbstkritische Aussetzung bringt eine nachhaltige Wissenschaft hervor und gewährleistet in der Folge auch eine methodisch transparente Grundlagenforschung. Aufgabe der Grundlagenwissenschaft des Rechts, wie ich diese verstehe, ist es, Aufklärung und Verständnis zur Konstruktions- und Funktionsweise der Wissensproduktion zu schaffen und zugleich aufzuzeigen, wie und zu welchem Zweck ein bestimmtes Wissen entstanden und als solches wahrgenommen worden ist. Rezeption und Wirkung von Wissen und Wissenschaft stehen somit im Brennpunkt des Interesses.

Der vorliegende Band mit zwanzig ausgewählten Schriften, die ich zwischen 1988 (bzw. 1986 in einer Erstfassung) und 2015 veröffentlicht habe, ist diesem Aspekt reflektierter Geschichte gewidmet, ausgehend vom Grundgedanken, dass sich das rechtshistorische wie das rechtsphilosophische Selbstverständnis dem jeweiligen gesellschaftspolitischen Zeitgeist folgend entwickelt hat und wandelt.

Die Geschichte der Wissenschaft hat gezeigt, dass die Instrumentalisierung von Wissen zu Gunsten der Gesellschaft oder einer bestimmten Interessengruppe immer auch bedeutet hat, dass solch instrumentalisiertes Wissen nicht wirklich wissend, geschweige in einem philosophischen Sinne weise und verstehend macht. Es dient vielmehr einem verdeckten oder einem sogar offenkundigen Interesse einer mächtigeren Instanz im Hintergrund der Wissenschaft, welche die Wissensproduktion entweder offen und hart oder dann verdeckt und smart fremdbestimmt. Liegen bei natur- oder ingenieurwissenschaftlicher Forschung handfeste Interessen der Wirtschaft im Vordergrund, so ist es im Falle der historischen Disziplin öfters ein national- oder sozialpolitisches Interesse zur Gestaltung von Staat und Gesellschaft, das diese in ihren Bann zieht.

Damit ist das treibende Element, das die Rezeption und Wirkung von Wissen in einer Gesellschaft durch politische wie ökonomische Institutionen jeweils mitbestimmt, identifiziert. Es ist eine im Verhältnis von Wissenschaft und Gesellschaft entweder ambivalente, weil unbewusste Fremdbestimmung von Wissen oder eine bewusst wahrgenommene Dialektik von Selbst- und Fremdbestimmung von Wissen. Dieses Verhältnis des Wissensmanagements beschreibt somit den Weg von einem ursprünglichen Interesse an der Wahrheit zu dessen schleichender, wenn nicht offenkundiger Instrumentalisierung. Insofern wird Wissen für einen von aussen vorgegebenen Zweck dienstbar gemacht.

Der Wissenschaftler aber schafft Wissen weder für noch gegen einen äusseren Zweck, sondern Forschung ist alleine auf die Erschaffung von Erkenntnissen und somit auf ein selbständiges und vertieftes Verstehen der Welt in ihren Zusammenhängen ausgerichtet. Wissensschaffende wollen aufklären, verstehend machen. Folglich müssen sie den Gegenstand des Wissens aus dessen eigenen historischen Bedingungen heraus darlegen, statt ihn auf ein aktuelles Bedürfnis hin auszurichten. Erst solches Wissen, das nicht auf die unmittelbare Anwendung und Verwertung ausgerichtet ist, schafft für den Menschen die Möglichkeit der Selbstbestimmung und führt somit zu einem selbstbestimmten Umgang mit Wissen und Erkenntnis. Aufklärung folgt darin einer humanistischen Konzeption, die auf individuelle Freiheit baut.

II. Die Wissenschaftsdisziplin im Paradigmakontext

In meiner Dissertation «Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel»², erschienen 1982, versuchte ich eine solche «Entwicklung» der Rechtsgeschichte als wissenschaftliche Disziplin in und aus deren gesellschaftlichen Kontext heraus darzustellen.³ Meine Untersuchung fand Eingang in die rechtsgeschichtliche Forschung⁴ und wurde weiter vertieft.⁵ Sie trug mitunter auch zur Gründung einer neuen Disziplin – der Juristischen Zeitgeschichte⁶ – bei.⁷

² Marcel Senn, Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 1982, XXII, S. 199 (= Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 6), ausgezeichnet mit dem Professor-Walther-Hug-Preis 1983.

³ Vgl. dazu: Ders., The methodological debates in German-speaking Europe (1960–1990), in: Making legal history: approaches and methodologies, hrsg. v. Anthony Musson/Chantal Stebbings, Cambridge: Cambridge University Press 2012, S. 108–117, insb. S. 99 (Beitrag 5).

⁴ Rezensionen von: Filippo Ranieri, in: ZNR 5 (1983), S. 176–179; Dieter Simon, Mut und Optimismus, in: Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 54ff.; Wolf Middendorf, Wissenschaftlicher Literaturanzeiger 7/1983; Friedrich Battenberg, in: Archiv für hessische Geschichte und Altertumskunde 41 (1983); Jan Schröder, in: ZRG.GA 101 (1984), S. 429–431; O. Motte, in: Revista de Estudios Historico-Juridicos IX (1984), S. 444–451.

⁵ Dazu: Diethelm Klippel, Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft, Giessen: Brühlscher Verlag 1985 (Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 4), S. 1, 3, 6, 8, 11, 13, 19, 23, 26, 27; Regina Ogorek, Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990), in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, hrsg. v. Dieter Simon, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1994, S. 12–99, insb. S. 28, 42, 48, 97; Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1985, S. 5; Gerhard G. Oexle, Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft, in: Ius Commune. Sonderheft 30 (1987), S. 77–107, insb. S. 96; Filippo Ranieri, Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption, Bd. 1, Köln:

In meiner Dissertation konnte ich den Parallellauf einer sich fügenden und andienenden Rechtsgeschichte mit dem Trend der epochenweise sich ändernden Gesellschaftspolitik seit der Historischen Rechtsschule bis in die damalige Gegenwart hinein, somit von 1800 bis 1980, zeigen. Als theoretische Matrix eignete sich das von Thomas S. Kuhn entwickelte Paradigmakonzept, demzufolge sich eine Wissenschaftsauffassung genauso lange zu halten vermag, wie diese von einer Gruppe von Wissensschaffenden mitgetragen wird, dies heisst in Bezug auf den gesellschaftlichen Kontext, wie ein bestimmtes Paradigma, das bestimmten gesellschaftlichen Interessen entspricht, weiterentwickelt werden kann. Was zunächst wie ein Widerspruch zur vorerwähnten Forderung der Unabhängigkeit der Wissenschaft erscheint, ist indes keiner, denn Wissenschaft muss zuerst über sich und ihre eigenen Bedingungen aufgeklärt sein, damit sie ihre Forschungsfelder und Forschungsinhalte frei bestimmen kann.

Böhlau 1985, S. 41–57; Manfred Rehbinder, Erkenntnistheoretisches zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, in: Gedächtnisschrift für Ernst E. Hirsch, hrsg. v. Martin Killias, 1985, S. 133–146, insb. S. 138, 143 und 145; Johannes W. Pichler, Das geteilte Eigentum im ABGB, in: ZNR 8 (1986), S. 23–42, insb. S. 23; Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die «Begriffsjurisprudenz», (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, 171), Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann 2004, S. 2; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, München: Beck 1988, S. 54.

⁶ Der Begriff der Zeitgeschichte lässt sich bereits um 1800 nachweisen (Reinhart Koselleck, Bund. Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat, in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, hrsg. v. Otto Brunner/Werner Conze und Reinhart Koselleck, Bd. 1, Stuttgart: Klett-Cotta, 5. Aufl., 1997, S. 582–671, insb. S. 658). Er erhält jedoch erst nach dem Zweiten Weltkrieg seine Bedeutung zur Aufarbeitung insbesondere der Geschehnisse im Zusammenhang des Nationalsozialismus. 1950 wurde das «Institut für Zeitgeschichte» in München gegründet und seit 1953 erfolgt ebenda die Herausgabe der «Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte». 1985 veröffentlichte Diethelm Klippel (Giessen, ab 1995 Bayreuth) sein kleines Buch «Juristische Zeitgeschichte» (wie Anm. 5). 1993 wurde für Joachim Rückert an der Goethe-Universität in Frankfurt a. M. die Lehrstuhlumschreibung mit «Juristische Zeitgeschichte» erweitert (vgl. dazu: Joachim Rückert, Juristische Zeitgeschichte, in: Juristische Zeitgeschichte – ein neues Fach?, hrsg. v. Michael Stolleis, Baden-Baden: Nomos 1993, S. 23–33). Seit 1994 gab es ebenfalls für Thomas Vormbaum an der Fern-Universität Hagen die Zusatzdisziplin «Juristische Zeitgeschichte». Vormbaum war insbesondere als Herausgeber der Schriftenreihe «Juristische Zeitgeschichte» (Baden-Baden, Nomos-Verlag, in 6 Abteilungen) hervorragend tätig. In der Schweiz wurden die Lehrstuhlumschreibungen von Marcel Senn an der Universität Zürich im Jahre 2002 und für Michele Luminati an der Universität Luzern im Jahre 2004 entsprechend erweitert.

⁷ Marcel Senn, Recht – Gestern und Heute. Juristische Zeitgeschichte, 1. Aufl., Zürich: Schulthess 2002; Marcel Senn/Lukas Gschwend, Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2. Aufl., 2004; 3. Aufl., 2010; Juristische Zeitgeschichte – Ein neues Fach, hrsg. v. Michael Stolleis, (wie Anm. 6); Marcel Senn; «Nicht ist es aber die Zeit». Wieso sich Zeitgeschichte nicht nur auf das Neueste konzentrieren darf, in: NZZ vom 11./12. Oktober 2003, S. 79.

Die Entwicklung der Rechtsgeschichte liess sich also als ein im Vergleich zur Gesellschaft zunächst evolutionärer Vorgang beschreiben, mitunter auch als revolutionärer Prozess der Verdrängung und Neuaufgleisung von Grundansichten infolge massiver politischer Einbrüche in der Gesellschaft beispielsweise im Zusammenhang mit Kriegen, Staatsgründungen oder Auflösungen von Staaten.

Für die Situation der Rechtsgeschichtswissenschaft nach 1945, somit nach dem Zweiten Weltkrieg, verband sich diese Grundannahme mit drei gesellschaftspolitischen Konzeptionen von Rechtsgeschichte, die sich in den Gesellschaften des deutschsprachigen Raumes abbildeten: 1. Eine traditionelle Auffassung der Narration einer nationalbürgerlichen Rechtsgeschichte; 2. eine kritische Auffassung dieses Narrativs nach den Kriterien der damals breit vertretenen marxistischen Geschichtsauffassung von Recht; und 3. eine aus dem Gegensatz von bürgerlicher und marxistischer Rechtsgeschichtsauffassung folgende sozialwissenschaftliche Auffassung der Rechtsgeschichte, welche die Geschichte grundsätzlich als Reflexionsprozess verstand, in dem sich strukturell vergleichbare Abläufe erkennen lassen.⁸ Zu dieser dritten Position bekannte auch ich mich damals und vertrat daher einen programmatischen Ansatz einer nomologischen Konzeption von Rechtsgeschichte,⁹ die ich im Unterricht erprobte,¹⁰ doch alsbald wieder verwarf, weil diese Auffassung nach meinem Eindruck vor allem mit dem damals öfters vertretenen systemtheoretischen Ansatz gekoppelt zu einer neuen Ideologie sich auszuformen begann.¹¹ Von daher setzte ich für den Unterricht auf ein bewusst elementares und analytisches Textverstehen in Abgrenzung¹² zu einer

⁸ Marcel Senn, Rechtshistorisches Selbstverständnis (wie Anm. 2), S. 118–175, s. dazu auch den Beitrag 5, S. 91–100.

⁹ Ders., Rechtsgeschichte als historische Normentheorie, in: Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?/Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?, hrsg. v. Pio Caroni/Gerhard Dilcher, Köln/Weimar/Wien: Böhlau 1998, S. 269–279; ferner: Marcel Senn, Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 15 (1993), S. 66–77.

¹⁰ Ders., Rechtsgeschichte II Vorlesungsgrundriss, Universität Zürich/Rechtswissenschaftliche Fakultät, 1997, 112 Seiten: 1 Grundlagen der Vorlesung; 2 Rechtstheorie und Jurisprudenz; 3 Rechtsvernunft in Theorie und Praxis; 4 Methodenbewusstsein und Methoden der Juristen; 5 Durchsetzung und Durchsetzungsverzicht von Normen; 6 Legitimation von Normen; 7 Gesellschaftsmodelle und Grundwerte; Anhang: Biografische Kurzangaben.

¹¹ Marcel Senn, Rechtswissenschaft und Geschichte, in: Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven, hrsg. v. Stephan Kirste, Berlin: Duncker & Humblot 2016, 121–131.

¹² Ders., Die Bewegungsfähigkeit des Interpreteten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte, in: Genese und Grenze der Lesbarkeit, hrsg. v. Philipp Stoellger, Würzburg: Königshausen & Neumann 2007, S. 75–93; sowie ders., Recht – Gestern und Heute. Juristische Zeitgeschichte, Zürich: Schulthess 2002, S. 10–14, umgearbeitet

ideologischen Vereinnahmung unter dem Stichwort der neuesten wissenschaftlichen Mode.¹³

Diesen theoretischen Ansatz aus der Dissertation manifestierte ich an zwei negativ verlaufenen rezeptions- und wirkungsgeschichtlichen Fällen sowie positiv in einer kulturgeschichtlich¹⁴ orientierten Darlegung der Rechtsgeschichte. Anhand des Falles der Desintegration eines nachhaltig wirkenden Vernunftrechtlers wie Baruch de Spinoza in der Rechtswissenschaft¹⁵ konnte ich zunächst zeigen, welche Mechanismen zu dessen Abschottung in der Rezeption geführt hatten, wozu auch der Antisemitismus gehörte. Angeregt durch diese Beobachtungen nahm ich den bisher weitgehenden Ausschluss der rechtsgeschichtlichen Erforschung von Antisemitismus,¹⁶ Rassenideologie¹⁷ und Volkshygiene¹⁸ selbst zum rechtshisto-

zu: Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte, hrsg. und verfasst zusammen mit Lukas Gschwend, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2010, 342 Seiten, darin die Einleitung, S. 7–23; ferner: Rechtsgeschichte III – Textinterpretationen, verfasst zusammen mit Andreas Thier, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2005, XV, 237 Seiten, insb. S. 1–5.

¹³ Es gibt in der Rechtswissenschaft zu viele Beispiele einer methodischen und/oder politischen Anbiederung mit meist harten negativen Folgen für die Gesellschaft, alleine im 19. und 20. Jh. (vgl. dazu Marcel Senn, Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2007, S. 356ff., 375ff. (gesellschaftlicher Ausschluss der Nicht-Besitzenden und der Frauen), S. 358, 353–363 (Proletariat), S. 381–384 (Sozialdarwinismus), S. 388–395 (Rassenlehre), S. 395–399 (Kriminalanthropologie und Euthanasie)). Dieses Buch ist nicht zu verwechseln mit der sog. «Bologna-Fassung»: Marcel Senn/Lukas Gschwend/ René Pahud de Mortanges, Rechtsgeschichte auf kulturgeschichtlicher Grundlage, 3. nachgeführte Aufl., Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2012 (erste Aufl. 2006), die auf der 3. Aufl. der vorgenannten Rechtsgeschichte beruht.

¹⁴ Marcel Senn, Artikel «Kulturgeschichte», in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Albrecht Cordes et al., 2. Aufl., Stuttgart: Erich Schmidt, 18. Lieferung 2013, Sp. 309–311.

¹⁵ Ders., Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. Eine historische Studie zum Rezeptionsdefizit des Spinozismus in der Rechtswissenschaft des deutschsprachigen Kulturraumes, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 1991, XXVIII, S. 157 (=Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 22); vgl. dazu: Rolf Lieberwirth, Rezension, in: ZRG.GA 112 (1995), S. 595–597., ferner: Manfred Walther, Spinoza in der Rechts- und Staatslehre der Weimarer Republik – eine vergessene Tradition, in: Der Staat 52 (2013), S. 563–595, insb. S. 564, 567, 569.

¹⁶ Marcel Senn, Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli, in: ZRG.GA 110 (1993), S. 372–405 (Beitrag 17). Dies war zugleich meine Antrittsrede an der UZH 1992; vgl. dazu: Thomas Henne/Carsten Kretschmann, Der christlich fundierte Antijudaismus Savignys und seine Umsetzung in der Rechtspraxis, ZRG GA 119 (2002), S. 250–315, die meinten: «Es geht auch nicht darum, wie jüngst von Marcel Senn im Hinblick auf Bluntschli vorgenommen, erst einen ‚Vorwurf des Antisemitismus‘ zu erheben, ihn dann unter anderem anhand ‚befremdlicher Einwendungen‘ zu bejahren und schliesslich gar eine ‚Vorstufe‘ zu den Ereignissen der NS-Zeit zu konstruieren – damit wird zu sehr einem der Gegnerschaft zu NS-Kategorien verhafteten Anti-Antisemitismus gefolgt.» (S. 252f.).

¹⁷ Senn/Gschwend, Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte (wie Anm. 7), Kap. 3: Rasse und Recht.

rischen Forschungsgegenstand, insbesondere auch im Sinne einer Selbstreflexion der bisher geleisteten wissenschaftlichen Arbeit. Diese Phänomene liessen sich meines Erachtens durchaus als «normale» Vorgänge erklären, insofern sie sich aus den Rahmenbedingungen ihrer Zeit heraus gebildet hatten, so dass sie nicht länger als spezifisch nazistische Themen einer verfehlten Rechtsauffassung erklärt und dadurch leicht abgetan werden konnten. Denn diese Themen waren keineswegs nur ein Thema einer «bösen» Zeit, die als unerklärliches Schreckensszenario – aus damaliger Sicht – gleichsam in der Luft gehangen hatten und die sich somit auf die schmale Zeitachse des Nationalsozialismus von 1933 bis 1945 (allenfalls unter Einschluss der Zwischenkriegszeit ab 1919) reduzieren liessen, und mit denen man – selbstverständlich – nichts zu tun haben wollte.¹⁹ Vielmehr sollten sie so verstanden werden, dass die Wissenschaft wie das Leben selbst immer mehr als nur eine Seite hat, und dass folglich auch solch völlig abwegige Vorstellungen im Kontext einer allgemeineren Entwicklung der Rahmenbedingungen einer Gesellschaft und in dem Sinne für die damalige Zeit unauffällig eben ganz «normal» entstehen und bestehen konnten bzw. können, wenn diese sich erst einmal breiter etabliert haben. Dies hiess, es musste offensichtlich zuerst eine Grundlage für die allgemeine Akzeptanz geschaffen werden, bis sie zu einer «totalitären» Perspektive in der Zeit des Nationalsozialismus werden konnten, als die wir sie kennen lernen mussten.²⁰ Gleichzeitig versuchte ich die geschichtliche Entwicklung des Rechts in Mitteleuropa²¹ im Sinn dieser Erkenntnisse auch und gerade jenseits von nationalen Sichtweisen darzulegen.²²

III. Die Beiträge im Einzelnen

Die in diesem Band versammelten zwanzig Beiträge geben im Einzelnen Auskunft, wie sich dieses Denken im sozialen, ökonomischen und kulturellen Kon-

¹⁸ Marcel Senn, Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren, in: ZRG.GA 116 (1999), S. 407–435 (Beitrag 16).

¹⁹ Ders., Rechtshistorisches Selbstverständnis (wie Anm. 2), S. 49–60.

²⁰ Dies verhält sich heute nicht viel anders, wenn im Globalisierungstempo, das dem Kapital dient, allorts eine re-«nationalisierende» Heimpflege betrieben wird, die allerdings mehr der politischen Folklore als der Intellektualität hilft.

²¹ Marcel Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 1997, XX, S. 317; Ders., Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2007, XXIII, 482 Seiten.

²² Ders., Artikel «Kulturgeschichte» (wie Anm. 14). Sp. 309–311.

text sektoral entwickelt hat.²³ Deren Entstehungsgeschichte referiere ich hier nur kurz chronologisch. Für den Lesediskurs kehre ich indessen die Abfolge der Beiträge um, so dass man die neuesten Untersuchungen zuerst liest und dann erst auf die anfänglichen Beobachtungen zurückkommt. Beginnen wir also mit den zuerst publizierten Beiträgen.

Ausgehend vom Beitrag zu Friedrich Hölderlins rechtlichen Vorstellungen, wie eine Gesellschaft um 1800 zu verfassen sei,²⁴ entdeckte ich (für mich) das Rezeptionsdefizit zu Spinoza in der deutschen Rechtswissenschaft,²⁵ das ich hernach zu einer rechtsphilosophiegeschichtlichen Erörterung des Beitrags von Spinoza für die Rechtsdisziplin in Konfrontation mit der seinerzeit hochgehaltenen prozeduralen Diskurstheorie von Jürgen Habermas führte.²⁶ Gleichzeitig befasste ich mich in einer Sammelbesprechung über drei kritische Abhandlungen zum Nationalsozialismus betreffend zwei bekannte Vertreter der deutschen Rechtsgeschichte und einen massgeblich verantwortlichen Politiker des Nationalsozialismus, mit den konkreten Auswirkungen eines gesellschaftlich verordneten Wissens.²⁷ Damit tat sich der Gegensatz zwischen Schaffen von Wissen und gesellschaftlicher Nutzung auf und zwar im Verhältnis zu Spinoza als Vertreter der Freiheit des Denkens in Opposition zum «fabrizierten» Wissen einer politischen Elite, die die Masse manipuliert(e).²⁸

²³ Nicht aufgenommen werden konnten die Beiträge aus dem Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Albrecht Cordes et al., 2. Aufl., Stuttgart: Erich Schmidt-Verlag: «Gesellschaftsvertrag» (10. Lieferung, 2009, Sp. 288–293), «Gewaltenteilung» (10. Lieferung, 2009, Sp. 335–341) und «Kulturgeschichte» (18. Lieferung, 2013, Sp. 309–311)

²⁴ Marcel Senn, Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft. Friedrich Hölderlins religiös-politische Utopie, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 10 (1988), S. 38–46 (Beitrag 20). [Zuerst veröffentlicht unter dem Titel «Hölderlins religiöse Utopie», in: Quot capita, tot sententiae, für C. (Clausdieter) Schott, Zürich 1986, S. 59–68 (privatgedruckte Festschrift)].

²⁵ Ders., Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. (wie Anm. 15), 1991.

²⁶ Ders., Spinoza und die Diskursethik, in: Studia Spinozana 9 (1993); Spinoza and Modernity: Ethic and Politics, S. 297–331 (Beitrag 18).

²⁷ Marcel Senn, Juristenschicksale und Schicksalsjuristen (Sammelbesprechung von drei Abhandlungen zur Rechtsgeschichte und -wissenschaft im Nationalsozialismus), Christian Schudnagies, Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs, Frankfurt/M: Lang 1989, 168 Seiten (Rechtshistorische Reihe 67); Georg Brun, Leben und Werk des Rechtshistorikers Heinrich Mitteis unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zum Nationalsozialismus, Frankfurt/M: Lang 1991, 207 Seiten S. 11–180 (Rechtshistorische Reihe 83); Wolfgang Simon/Claudius Freiherr von Schwerin, Rechtshistoriker während dreier Epochen deutscher Geschichte, Frankfurt/M: Lang 1991, 343 Seiten (Rechtshistorische Reihe 84), in: Rechtshistorisches Journal 11 (1992), S. 181–193 (Beitrag 19).

²⁸ Ders., Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft (wie Anm. 15), so insb. S. 134–136 wegen Freiheits- und Bürgerrechten, S. 139 Mentalitätscharakteristika, S. 140f. einer spezifischen Wis-

Die nächsten zwei der hier wiedergegebenen Beiträge befassen sich mit den in der Rechtsgeschichte bis zu diesem Zeitpunkt hin nur auf den Nationalsozialismus von 1933 bis 1945 fokussierten Rassenlehren und dem Antisemitismus im Rechtsdenken. Hier konnte ich aufzeigen, wie einer der bedeutenden Rechtswissenschaftler seiner Zeit, Johann Caspar Bluntschli, diese Themen noch in seiner politischen Heimatstadt Zürich in den 1840er Jahren konzipiert hatte und dann ab 1860 als einer der ersten Wissenschaftler, der in München und Heidelberg weiter wirkte, diese Sichtweisen in die Rechtswissenschaft einführte.²⁹ Dieses damals immer breiter aufgenommene und verdichtete Denken wurde in der Folge zu einer Lehre der Rassenhygiene. Diese wurde über die akademische Wissenschaft hinaus als «Nutzwissen» in den politischen Alltag als wissenschaftliches Wissen zurückgetragen und förderte eine triviale Mentalitätsbildung.³⁰ Von all dem hatte die akademische Welt nach 1945 kaum mehr Kenntnis nehmen wollen, obschon solche Ansichten während Generationen zwischen 1870 und 1950 als Wissenschaft durchaus brav mitvertreten wurden. Man fragt sich an einer solchen Schnittstelle, was das grössere Ärgernis war: das damalige Mitmachen oder das nachherige Nichtwahrhabenwollen. Auch der neoliberale Rationalismus der Gegenwart will das eine wie das andere nicht kennen.

Da ich eine interessante Bibliothek von Prof. Alois Riklin, dem ehemaligen Rektor der Universität St. Gallen, übernehmen konnte, die wesentliche Literatur zur Zeitgeschichte enthielt,³¹ versuchten zu Beginn des 21. Jahrhunderts Hans-Peter Haferkamp (Ordinarius in Köln) und ich in einem gemeinsam geplanten Forschungsprojekt³² diese Entwicklungen weiter aufarbeiten zu lassen. Doch dieses Projekt schien einigen Vertretern der Forschungsgemeinschaft etwas zu gross und wohl auch wider den Strich gehend, also unnütz, so dass dieses nicht finanziert und in der Folge auch nicht ausgeführt werden konnte. Hans-Peter Hafer-

senschaftshaltung und Einwandstrategien, S. 143f. Logik der disziplinären Forschung, die am Paradoxon der Wirklichkeit letztlich zusammenbricht und S. 149ff. dualistischer Erkenntnisideologie.

²⁹ Ders., Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli (wie Anm. 16), 1993.

³⁰ Ders., Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren (wie Anm. 18), 1999; Senn/Gschwend, Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte (wie Anm. 7), Kap. 3, S. 73ff.

³¹ Sie bildet heute einen offiziellen Bestandteil der «Alten Juristischen Bibliothek» (AJB) des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich.

³² Forschungsprojekt «Naturwissenschaften und Privatrecht in Europa – Der Einfluss der Naturwissenschaften auf das Privatrecht zwischen 1780 und 1945 von Hans-Peter Haferkamp, Köln und Marcel Senn, Zürich» (Projekt 2005 bis 2009) eingereicht bei DFG und SNF.

kamp hat hierzu jedoch selbständig einige interessante Beiträge vorgelegt,³³ und aus meiner Feder stammte während meiner Dekanatszeit immerhin ein Beitrag für eine Tagung des Zentrums für rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung zum Thema der «Eugenik und Euthanasie», die 2008 in Würzburg stattfand.³⁴

In der Folge legte ich in drei Festschriftbeiträgen die bisher untersuchten Materien in erweiterten Kontexten dar und suchte dadurch die vorherrschenden Sichtweisen in der Rechtsgeschichte zu differenzieren: Zum einen brachte ich die Wirksamkeit von Bluntschli für die Ausgestaltung des Zürcher Finanzplatzes im 19. Jahrhundert zur Geltung, was seine Bedeutung für das «unkritisch» gesehene Thema seiner massgeblichen Vertretung der Rassenlehren im Recht nur umso mehr unterstrich,³⁵ zum anderen zeigte ich die verfehlte Sichtweise der auch heute erneut angstgeschürten Gefährlichkeitsdebatte im Strafrecht auf und konnte dabei zugleich einen der häufigsten akademischen Abschreibfehler in der Strafrechtsgeschichte berichtigen, wonach Hegel – vorgeblich Kant folgend – ein Talionsdenken propagiert hätte.³⁶ Schliesslich sollte im Beitrag zu Spinozas Bedeutung für die Moderne der – in der Diktion des Neoliberalismus angetriebene, aber vermeintliche Gegensatz von – «Frei denken – staatlich handeln» aus einem

³³ Unter anderen von Hans-Peter Haferkamp: Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, hrsg. v. Marcel Senn/Dániel Puskás, Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich (= ARSP B 115), Stuttgart 2008, S.105–112; ferner: Ders., Psychologismus bei Ernst Zitelmann, in: Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs, hrsg. v. Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2009, S. 215–224; ferner: Ders., Lebensbezüge in der Zivilrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Spomenica Dra Valtazara Bogišića, Bd. 1, Belgrad 2011, S. 301–313; ferner: Hans-Peter Haferkamp, Rechtsgeschichte und Evolutionstheorie, in: Evolution und Kultur. Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste, hrsg. v. Ludwig Siep, Paderborn 2009, S. 35–60.

³⁴ Marcel Senn, Neue Rechtstheorien nach Massgabe von Rassenlehren und Sozialdarwinismus zwischen 1860 und 1914, in: Eugenik und Euthanasie 1850–1945. Frühformen, Ursachen, Entwicklungen, Folgen, hrsg. v. Ignacio Czeguhn/Eric Hilgendorf/Jürgen Weitzel, Baden-Baden: Nomos 2009 (= Schriftenreihe des Zentrums für rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung Würzburg 2), S. 27–41.

³⁵ Ders., Bank und Börse am Zürcher Finanzplatz im 19. Jahrhundert – eine rechtshistorische Skizze eines erfolgreichen Lernprozesses, in: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Hans-Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2004, S. 407–417 (Beitrag 14); ferner: Ders., Bluntschlis Konzept des Zürcher Aktienrechts, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Hans-Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch und Dieter Zobl, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2003, S. 137–152.

³⁶ Marcel Senn, «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2001, S. 27–42 (Beitrag 15).

grundlegenderen liberalen Denkansatz heraus aufgelöst werden, insofern ein freieres Denken der Allgemeinheit auch vermehrt zum richtigen Handeln verhelfen sollte.³⁷

Der Beitrag mit der Fragestellung «War Thomasius Spinozist?» ergab sich zunächst aus einer langjährigen Beziehung zu Heiner Lück (Ordinarius in Halle an der Saale), die nach der Wende von 1989 entstanden und zu mehreren gemeinsamen Seminaren mit Studierenden beider Universitäten in Halle wie in Zürich geführt hatte. Thomasius³⁸ gilt neben Wolff als der berühmteste Hallensische Rechtsgelehrte. Es war nun eine Fragestellung zu entwickeln, die Thomasius bewusst jenseits der bisherigen Forschung ansiedeln konnte und ihn dadurch zugleich aus der ihm zugeschriebenen Position eines bloss eklektizistischen Wissenschaftlers heraus zu nehmen. Es war also zu zeigen, dass Thomasius selbst einen Konzeptionswechsel bewusst, wenn auch angesichts des Verbots des Spinozismus nicht explizit vornehmen konnte, und zwar von einem bisher christlichen Autor in der damals pietistisch geprägten Umgebung von Halle zu einem aufgeklärten und unabhängigen Denker. Dies liess sich zeigen, wenn insbesondere die Neuerungen in seiner *Fundamenta* von 1705³⁹ gegenüber seinen bisherigen Veröffentlichungen als durch den Spinozismus seiner Zeit beeinflusst verstanden werden konnten.⁴⁰ Diesen Beitrag verfasste ich mit meiner langjährigen Assistentin Dr. Susanne Raas.

Als Präsident der «Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)» nahm ich zusammen mit dem Vorstandsteam auch die Debatte zur

³⁷ Ders., *Frei denken – staatlich handeln*, in: *Transformation der Metaphysik in die Moderne. Zur Gegenwärtigkeit der theoretischen und praktischen Philosophie Spinozas*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, hrsg. v. Michael Czelinski/Thomas Kisser/Robert Schnepf/Marcel Senn/Jürgen Stenzel, Würzburg: Königshausen & Neumann 2003, S. 112–126; ferner: Ders., *Welche Einsichten hat uns die Tagung Maoismus oder Sinomarxismus gebracht?*, in: *Sinomarxismus oder Maoismus?*, hrsg. v. Harro von Senger/Marcel Senn, Stuttgart: Franz Steiner 2016, S. 287–290.

³⁸ Auch hatte mich der Thomasius-Forscher Frank Grunert, an der Universität Halle-Wittenberg, der Mitarbeiter und Mitherausgeber am Editionsprojekt «Ausgewählte Werke von Christian Thomasius» an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster unter Leitung von Werner Schneiders war, immer wieder auf Thomasius' Werke während Jahren aufmerksam gemacht.

³⁹ Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), Neudruck der 4. Aufl., von 1718, Aalen: Scientia 1963.

⁴⁰ Marcel Senn, *War Thomasius Spinozist? – Zur Spinozismus-Rezeption an den brandenburg-preussischen Universitäten* (zusammen mit Susanne Raas), in: *Christian Thomasius (1655–1728), Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung. Rechtswissenschaftliches Symposium zu seinem 350. Geburtstag an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*, hrsg. v. Heiner Lück, Hildesheim/Zürich/New York, 2006, S. 550–73 (Beitrag 12).

Hirnforschung auf, die damals ihre bedenkliche Hochkonjunktur unter Wolf Singer und Gerhard Roth erlebte, insofern diese Forschung durchaus verwandte Phänomene einer überzogenen Geltung von vermeintlich hochrangigerem Wissen für die Gesellschaft behauptete, die solche Forschung opulent finanzierte und diese bis heute mainstreambildend beeinflusst. (Möglicherweise ist die drittmittelfinanzierte Forschung eines der wirklich grossen Probleme der Wissenschaft in nächster Zukunft.) Diesen beinahe religiösen Wahn zur Macht der Forschung als Produzentin einzig wahren Wissens wollte ich an ihren eigenen inneren Widersprüchen und Mängeln aus methodologischer Sicht⁴¹ aufzeigen.⁴² Dies führte in der Folge zu einer vertieften Beschäftigung mit der geschichtlichen Erzeugung des Menschenbildes in der Frühen Neuzeit und der Kreation eines Selbstverständnisses vom Menschen als säkularem Geschöpf, das sich gleichsam selbst erfunden hatte.⁴³

Die nunmehr neuesten Schriften (hier die Schriften 3 bis 8) verstehen sich als Beiträge zum juristischen Ausbildungssystem nach Einführung des Bologneser Modulsystems, welches das gesamte Lernverhalten der akademischen Jugend umkrepeln sollte. Die Beiträge 1 und 2 nehmen dagegen nochmals das Thema der Perspektivenbildung durch aktuelle Sichtweisen auf, einmal hinsichtlich des säkularen Selbstverständnisses zu Spinoza und zum andernmal betreffend das neoliberale Verständnis zu Hobbes. Nochmals sollte gezeigt werden, wie ein Gegenstand erst durch unreflektierte Aktualitätsbezüge und fehlgeleitete Erkenntnisinteressen unnötig erzeugt und aufgeladen wird, weil es an einer wissenschaftlich unpräzisen Haltung mangelt.

⁴¹ Marcel Senn, Was wollen wir wissen, und wo ist es überhaupt sinnvoll, weiterzudiskutieren? Einführungsreferat zur wissenschaftlichen Grundlagenproblematik, in: Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern, hrsg. v. Marcel Senn/Dániel Puskás, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2006, S. 171 (= ARSP Beiheft 111), S. 11–26 (Beitrag 11).

⁴² Ders., Grenzen und Risiken der Hirnforschung – Folgerungen für die Rechtswissenschaft, in: Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften, hrsg. v. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich: Schulthess 2008, S. 1–12 (Beitrag 10).

⁴³ Ders., Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie der frühen Neuzeit, in: Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages, hrsg. v. Rolf Lieberwirth/Heiner Lück, Baden-Baden: Nomos 2008, S. 400–421 (Beitrag 9). Und zum Säkularisationsmissverständnis vgl. Ders., Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts – eine kritische Erörterung des Säkularisierungsbegriffs, in: Recht, Konfession und Verfassung im 17. Jahrhundert. West- und Mitteleuropäische Entwicklungen, hrsg. v. Robert von Friedeburg/Mathias Schmoeckel, Berlin: Duncker & Humblot 2015 (= Historische Forschungen 105), S. 243–260 (Beitrag 2).

Der erste der Beiträge (3 bis 8) zur Bolognareform entstand zum 175-Jahr-Jubiläum der Universität Zürich. Darin trug ich Gedanken zum Begriff eines europäischen Wissenschaftsverständnisses vor dem Hintergrund des erwähnten Bologna-Remakes vor.⁴⁴ Dabei stellte ich fest, dass wir Europäer (immer noch) ein eminentes (fast pseudo-religiöses) Glaubensbedürfnis haben, das wir auf die Gewissheit des wissenschaftlichen Wissens übertragen, das uns jedoch vor allem aber unsere eigenen Grenzen schlagartig bewusster machen müsste und zwar in zwei Hinsichten: Das (im Sinne des aufgeklärten Denkens) unverstandene Wissen bleibt immer fragmentarisch, und so nützlich es in einzelnen Komponenten auch erscheint, so nutzlos bleibt es als wissenschaftlich aufklärendes Wissen. Des Weiteren ist der Mensch immer nur ein begrenzter Teil eines Umfassenderen, werde dieses nun mit Gott, System oder Natur umschrieben. Daraus ergab sich für mich auch die Möglichkeit der Spezifizierung der europäischen Kultur gegenüber anderen Kulturen, die darin bestand, dass die strikte Trennung der Wissensaspekte von einem Glauben und die Institutionalisierung der qualifizierten Wissensgewinnung weder durch eine Kirche noch durch den Staat, sondern alleine durch eine von allen unsachlichen Einflüssen unabhängigen Wissenschaft wie der Universität, eines Forschungszentrums oder einer vergleichbaren autonomen Institution geleistet werden kann und muss, die erst dann auch im Dienste der Ausbildung des autonom und individuell handelnden Menschen stehen kann. Man frage sich also, wo wir heute faktisch diesbezüglich stehen, wenn die Wissenschaft zunehmend von gesellschaftlichen und finanziellen Fremdeinflüssen wieder abhängig wird.

Im Vergleich mit dem *splendid isolated English education system* versuchte ich aus der Idee der Historischen Schule und der Ära Humboldts die Vorteile eines aufgeklärten und zugleich historisch verorteten Selbstverständnisses aufzuzeigen, von dem auch andere europäische Systeme profitieren könnten.⁴⁵ Zu analysieren und darzulegen war sodann, inwieweit in Deutschland selbst solche kritische Selbstreflexion in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts im Grundlagenbereich der Rechtswissenschaft schon umgesetzt worden war.⁴⁶ Daraus ergab sich der

⁴⁴ Marcel Senn Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten, in: Universitäres Wissen teilen – Forschende im Dialog, hrsg. v. Hans-Ulrich Rüegger/Martina Arioli/Heini Murer, Zürich: vdf Hochschulverlag 2009, S. 145–151 (Beitrag 7).

⁴⁵ Ders., Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century, in: Law in the City. Proceedings of the Seventeenth British Legal History Conference, London, 2005, edited by Andrew Lewis/Paul Brand/Paul Mitchell, Dublin: Four Courts Press 2007, S. 249–261 (Beitrag 8).

⁴⁶ Ders., The methodological debates in German-speaking Europe (1960–1990) (wie Amn. 3), 2012 (Beitrag 5).

Beitrag zur Frage: *Wozu sind Juristen nach Einführung des Bologna-Studienmodells auszubilden?*⁴⁷ Die Frage hätte auch nach dem Sinn einer unabhängigen, möglichst auf die Stärkung der Intellektualität des Individuums zielen- den Bildung gehen können. Im Beitrag über die *Rechtswissenschaft ohne reflexi- ven Habitus?*,⁴⁸ der zweifach veröffentlicht wurde, versuchte ich die Reflexivität als habituelle Komponente der Individualität zu verankern. Dazu diene auch die Einführung zu meiner Rechts- und Sozialphilosophie,⁴⁹ die dieses Denken histo- risch aus dem aristotelischen bzw. gleich veranlagten Konzeptionen der Gegen- wart abzustützen suchte.

Die beiden Beiträge zu Spinoza und Hobbes werden nicht in der Abfolge ihrer Erstveröffentlichung, sondern nach Massgabe ihrer Entstehung für die Tagungen in Rotterdam und Glasgow wiedergegeben. Sie nehmen erneut die Bildung der Grundlagen des wissenschaftlichen Selbstverständnisses in den Fokus. Anhand des Beispiels von Spinoza wird dessen historisch bedingtes Verhältnis zur zeit- genössisch christlichen Mystik vor dem heutigen Selbstverständnis der Säkulari- sierung als prioritärer Valenz für die wissenschaftliche Forschung erörtert.⁵⁰ Da- bei werden die drei in der Wissenschaft gängigen Vorstellungen zu Mystik und Säkularisierung, in deren Spannungsverhältnis zu Spinoza als Philosophen be- trachtet und aus ihren bisherigen Verständnisweisen heraus gelöst, in die sie durch Missverständnisse verstrickt wurden, um erkennen zu können, dass die Mystik genauso säkular sein konnte, wie sich sonst nur das säkulare Selbstver- ständnis selber präsentiert. Doch gerade dadurch erhält der Säkularismus selbst auch Züge eines religiösen Glaubens. Auch wenn Spinoza kein Mystiker war, so ist doch unverkennbar, dass seine Grundeinstellung – sowie verschiedene seiner Argumentationsweisen – mit denen der säkular denkenden Mystiker vergleichbar ist. Demzufolge müssten sich die Parameter für die Beurteilung der Mystiker wie Spinozas verändern. Spinoza lässt sich somit nicht länger als ein Sonderfall oder

⁴⁷ Marcel Senn., *Wozu sind Juristen auszubilden? – Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform*, in: *Rechtskultur. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 1 (2012), Heft 1, S. 109–119 (Beitrag 4).

⁴⁸ Ders., *Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?*, in: *Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, hrsg. v. Rolf Sethe et al., Bern: Stämpfli 2011, S. 913–929; wieder veröffentlicht in: *Journal für Juristische Zeitgeschichte*, Band 13 (2012), S. 3–20 (Beitrag 6).

⁴⁹ Ders., *Grundverständnis dieser Rechts- und Gesellschaftsphilosophie*, S. 1–8, aus: *Rechts- und Gesellschaftsphilosophie. Historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indi- schen sowie chinesischen Rechtsphilosophie. Eine Einführung mit Quellenmaterialien. Mit einem Gastbeitrag zum «Sinomarxismus» von Prof. Dr. phil. und Dr. iur. Harro von Senger*, Zürich/ St. Gallen: Dike 2012, S. 534 (Beitrag 3).

⁵⁰ Ders., *Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts – eine kritische Erörterung des Säkularisierungsbegriffs* (vgl. Anm. 43) 2015 (Beitrag 2).

genialischer Sonderling abhandeln, dessen Attraktivität auf dem Wissenschaftsmarkt behauptet werden muss. Die Mystiker wie Spinoza sind vielmehr zeitgenössisch scharfe Beobachter und Kritiker, die sich freilich nicht so frei äussern konnten, wie sie es gerne wollten. Dies gilt es unter den damaligen Rahmenbedingungen stets zu beachten.

Desgleichen verfare ich mit dem Werk «Leviathan» von Thomas Hobbes, allerdings auf dem gesellschaftspolitisch «gewichsten Boden» des nordamerikanischen Neoliberalismus im Gegensatz zu einer englischen wie auch deutschen Wissenschaftstradition, die Hobbes sehr viel kritischer aus seinen geschichtlichen Rahmenbedingungen heraus zu verstehen sucht.⁵¹ Diese drei Teilstudien geben meines Erachtens zugleich Aufschluss über den methodologischen Stand der historischen Praxen in Nordamerika, Deutschland und England um die Jahrtausendwende. Das Ergebnis lautet ernüchternd: Wir brauchen grosse Philosophen nicht als Vaterfiguren, denen wir uns anhängen können – dies fördert nur die Verführbarkeit der mitunter narzistisch Veranlagten –, sondern wir gehen bei den grossen Philosophen in dem Sinn zur Schule, dass wir verstehen lernen, wie sie mit ihren damaligen Problemen umgingen, und gehen aus dieser Schulung mental gestärkt und folglich intelligenter hervor, um uns unseren eigenen Problemen zuwenden zu können, diese zu begreifen und vor allem auch in der Weise lösen zu helfen, dass wir uns nicht immer weiter darin unaufgeklärt verstricken.

IV. Fazit

Was ich aus diesen Untersuchungen für mich selber mitnehme und meinen Zeitgenossen sowie künftig wissenschaftlich arbeitenden Mitmenschen mitgeben möchte, ist das Folgende: Alle diese Untersuchungen bringen gewiss zahlreiche interessante Wissens Elemente aufs Tablett. Dies aber ist nicht der entscheidende Aspekt, sondern vielmehr die Einsicht, dass der Wissenschaft gegenüber anderen gesellschaftlichen Institutionen erst dann eine legitim privilegierte Stellung einzuräumen ist, wenn sie in eigener Sache nach dem Prinzip methodischer Transparenz klar, offen und ebenso mit sich selbstkritisch verfährt. Das heisst, sie verdient erst dann als Wissenschaft anerkannt zu sein, wenn sie sich ständig selber reflektiert, wie sie mit ihren eigenen Bedingungen der Wissens(er)schaffung umgeht und wenn dadurch geklärt wird, welchen Einflüssen und Interessen sie dabei

⁵¹ Marcel Senn, Law and Authority. A Political and Legal Paradigm by Thomas Hobbes, in: Comparative Legal History 2 (2014) No. 1, S. 30–44 (Beitrag 1).

ex- oder implizit folgt. Diese reflexive Transparenz ist die grundlegende Voraussetzung für eine nachhaltige Wissenschaft und von daher absolut unabdingbar. Ob sie das tut oder ob sie dies nur von sich behauptet, ist alleine entscheidend.

Die Aufgabe der Wissenschaft ist es daher nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, Wissen für ein bestimmtes gesellschaftliches Nutz- und Sinndenken zu schaffen und zur Verfügung zu stellen. Ihre Hauptaufgabe ist es vielmehr, die Entstehung und Nutzung von Wissen, insbesondere das sie erschaffen und zur Verfügung gestellt hat, im Sinn einer Aufklärungsfunktion kritisch zu hinterfragen und hinterfragen zu lassen.

Wissenschaft ist daher nicht einfach Kompilation von Vielwissen im Sinn eines Neo-Enzyklopädismus, wie dieser heute durch das Internet und neue Techniken zunehmend begünstigt wird, sondern Wissenschaft zeigt sich und ihre Qualität erst in der Leistung ihrer kritischen Reflexion auf sich und ihre Praxen, weil sie erst dadurch zur Stärkung der Intellektualität des individuellen Menschseins beizutragen vermag. Wissenschaft macht erst «Sinn», wenn sie sich selbst reflektiert, denn alles hervorgebrachte Nutzwissen bleibt letztlich ebenso kurzfristig, wie es ambivalent ist. In dem Sinn bleibt die Wissenschaft immer der Wahrheits-suche verpflichtet. Dies ist für uns Menschen existenziell bedeutend: Wissenschaft dient dann nicht nur der «sinnlosen» Anhäufung von Wissens-elementen, sondern sie dient der philosophisch orientierten Weisheitsfindung. So, jedenfalls, dachte ich unlängst.

"Law and Authority"

A Political and Legal Paradigm by Thomas Hobbes and its Different Receptions in the USA, Canada, Britain and Germany since 1989*

Inhaltsübersicht

I.	Some necessary preliminary remarks	17
II.	The three discourses	21
	A. North America (USA and Canada)	21
	B. Great Britain (England and Scotland)	25
	C. Germany	27
	D. Summary and Comparison of the Three Discourses	30
III.	Final conclusion	31

I. Some necessary preliminary remarks

In this paper, we are looking at several discourses on Thomas *Hobbes's Leviathan* by authors from North America, Britain and Germany that have been released within the last 25 years. *Leviathan*, printed in 1651, is regarded as one of the few *grand oeuvres* representing the code of pre-modern political power. To some extent, this code still legitimates our present understanding of law and state. For Hobbes was one of the first authors to state that 'though it bee evident Truth, it is not therefore presently Law ... yet it is by the Sovereigne Power that it is Law'¹, or, as the well-known Latin saying goes, '*sed autoritas non veritas, facit*

* First published in: Comparative Legal History 2 (2014) No. 1, pp. 30–44. Marcel Senn has been a Professor of Legal History, Contemporary History of Law and Philosophy of Law at the Law Faculty of University of Zurich since 1995. This paper was given at the 21st British Legal History Conference at the University of Glasgow on 12 July 2013. Many thanks to my assistant Katharina Niederberger for procuring materials and control of the footnotes.

¹ Thomas Hobbes, *Leviathan* (revised student edition by Richard Tuck, Cambridge University Press, 1996) ch 26, 191.

legem'.² Since then, the central point of *Leviathan*'s political effect has been to attribute the creation or validity of law and state to a sovereign and wilful authority. This view also corresponds to the current, positivistic understanding of law and state.

After a short introduction on the scientific interpretation of law in general, and a couple of methodological remarks concerning this paper in particular, I will turn my attention to three quite different types of discussions or receptions of Hobbes's *Leviathan* since the end of the 1980s. This period is understood to be the time of globalisation and neo-liberalism, in which Hobbes's *Leviathan* is (or was) supposed to play (or not) an eminent role. Therefore, I will investigate the impact of social, cognitive interests within the scientific interpretation of law (hereafter referred to as the 'socialisation' of the interpreters). These interpretations are always construed in light of the personal history of the interpreter as well as of specific academic traditions that are allowing (or not) a new approach for a contemporary understanding.

That is why this paper does not intend to propose another 'correct interpretation' of *Leviathan* in any way. Searching for the correct understanding of a *magnum opus* like Thomas Hobbes's *Leviathan* is an almost impossible task, resembling the squaring of a circle. Such endeavours derive from a self-concept of knowledge-based scientific interpretation and a strong belief in omniscient and encyclopaedic memory. However, critical scientific interpretation is never as simple as that. Knowledge alone is not automatically tantamount to insight and reflection, because science is always formed by particular interests in and discourses on the objects under investigation. Hence, such interests in and discourses on texts have never hindered the process of understanding. In fact, they have always been necessary and relevant to increasing our understanding of a text's content. Therefore, this matter does not exclude an appropriate intellectual appreciation of such an *opus*.

² See Hobbes, *Leviathan*, vol 3: *Leviathan; Sive de material forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, E Molesworth (ed) (Amsterdam 1670); *Leviathan* (1839–45, rep Scientia Verlag Aalen, 1961) 202. See further Tuck's English edition (n 1) 183: 'Law in generall, is not Counsell, but Command.' See Otfried Höffe, '*Sed auctoritas, non veritas, facit legem*' in Wolfgang Kersting (ed), *Leviathan, oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Akademie-Verlag, 2nd edn 2008) 202–8; Walter Euchner, '*Auctoritas non veritas facit legem?* Zur Abgrenzung von Politik und Nicht-Politik bei Thomas Hobbes' in Udo Bernbach and Klaus-Michael Kodalle (eds), *Furcht und Freiheit. Leviathan-Diskussion nach 300 Jahren Thomas Hobbes* (Westdeutscher Verlag, 1982) 176.

Consequently, we cannot be amazed by the German professor Bernard Willms' observation in 1982 that even serious research had produced quite different interpretations of the whole of Hobbes's *magnum opus*, leading one to doubt whether the object of interpretation had remained the same.³ From this also follows that there has never been, and never will be, a consistent and final interpretation of an opus that has had the huge philosophical and political impact of Hobbes's *Leviathan*.

Perhaps a classic work attains eternal fame precisely on account of the interpretative diversity, numerous critical reflections and controversial discourses. We are now going to analyse three quite different, specifically German, British and North-American, readings of that same book. In doing so, we have to be aware that these readings represent a varied 'socialisation' of the interpreters, reflecting their academic activities, political fields, culture, and the languages they speak.⁴

The different interpretive backgrounds, including the interpreter's personal socialisation, crystallise archetypes or paradigms of a specific perception. As Thomas S Kuhn's model of *The Structure of Scientific Revolutions* has taught us since 1962,⁵ there are not only personal but also circumstantial conditions that constitute such socialised communities. Any scientific paper derives its quality as a thought-provoking text from such interests and discourses, which demonstrate that this text is (or is going to be) a recognised masterpiece. Therefore, to understand the original opus in a more differentiated and historically distant way, it is necessary not only to acquire knowledge but also to reflect upon questions related to the hermeneutic processes involved in knowledge formation, such as how this knowledge has been constituted and influenced by social, cognitive interests.

This way of proceeding is of particular concern in light of Hobbes's paramount role as an authority on the pre-modern theory of the state and law. Since Hobbes developed his theory in uncertain times of civil war, he proposed a public safety system to guarantee a minimum standard of freedom, as was needed in those

³ Bernard Willms, 'Tendenzen der gegenwärtigen Hobbes-Forschung' in Bermbach and Kodalle (n 2) 232, esp 234.

⁴ For example, it is rare to find British scholars who speak or read German after the 19th century. See Marcel Senn, 'Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century' in Andrew Lewis et al (eds), *Law in the City: Proceedings of the Seventeenth British Legal History Conference, London 2005* (Four Courts Press, 2007) 249, s. Beitrag 8, S. 127–140).

⁵ Thomas S Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press, 1962).

days.⁶ However, if we were going to adopt the same thought today, when quite different notions of civil liberty and personal freedom prevail, I think that most people would not reject the proposition that Hobbes's theory could also be understood (or misunderstood) as a source for modern dictatorship. The reader may thus fall prey to an unreflected application of Hobbesian ideas, which run against the principles of liberty and individuality as we understand them today. Hence – as a matter of intellectual responsibility – an appropriate understanding of such hermeneutical processes is required, especially because of the increased interest in Hobbes in the last three decades in the United States of America and Canada. This fact deserves serious consideration, as it is necessary to employ the concepts of law and state by Hobbes in a critical rather than an affirmative way.

In light of the preceding paragraphs, my paper will not participate in the admirable endeavour of interpreting Hobbes's work itself. It just focuses on different receptions and discourses of Hobbes's *Leviathan* in North America, Britain and Germany within the last two-and-a-half decades, to learn how problematic it is to understand anything about a complex object. Consequently, this paper does not take into consideration questions related to the content of *Leviathan*. It also does not try to find the only correct way to interpret the work, as earlier debates did, such as those led by Leo Strauss and Carl Schmitt in the 1930s, Alfred Edward Taylor and Howard Warrender in 1950s and 1960s,⁷ or the discussions pro and contra Quentin Skinner in the 1980s.⁸ This paper deliberately concentrates on analysing the newer discourses in relation to an obviously distinctive understanding in highly regarded research papers, as well as in papers of more public or educational interest that also reflect, in a more accessible way, the results of such debates and their patterns of scientific perception.⁹ Accordingly, the present paper is near to Skinner's method of contextualising ideas, but it deals with specific interpreters' views rather than with Hobbes himself, and it is connected to Kuhn's account of scientific paradigms. Selected at random, I found and consulted almost 70 papers and books: 36 from North America, 14 from the UK, and 18 from Germany. Although this paper is thus not a comprehensive survey, when

⁶ See the dedication and preface to *De cive* from 1642 in Howard Warrender (ed), *Thomas Hobbes, De Cive, the English version entitled, in the first edition, Philosophicall rudiments concerning government and society* (Clarendon Press, 1983) on Hobbes's use of the method of geometry in his theories of state-building and the competence of ruling by law.

⁷ On which see Daniel Eggers, *Die Naturzustandstheorie des Thomas Hobbes* (Walter de Gruyter, 2008) 198.

⁸ Willms (n 3) 234–5 describes Skinner's stance as a 'philosophical defeatism'.

⁹ On which see Kuhn (n 5).

taken together these works reveal clear tendencies within modern scholarship on Hobbes's *Leviathan*.

II. The three discourses

We shall start with some contributions from North America, since they form the pre-conditions for the emergence of neo-liberalism and globalisation during the period of investigation. Subsequently, we will investigate contributions from the British Isles and Germany.

A. North America (USA and Canada)

In 2011 John Ikenberry published a book about the *Liberal Leviathan* and the transformation of the American World Order. However, neither Hobbes nor *Leviathan* are explicit topics of investigation in this book. *Leviathan* only figures as a political model that is still of significance. In fact, the argument of Ikenberry is that the global political crisis that struck the liberal world order led by the United States of America is also a crisis of authority, especially a lack thereof.¹⁰ Therefore, he expressly recommends the re-establishment of the *Liberal Leviathan*, which, allegedly, the United States of America once represented in the middle of the twentieth century.¹¹ In other words, he combines the historical but undefined *Leviathan* model with the idea of a liberal international market system that ought to be led by the United States. Two years earlier, in 2009, the *Leviathan* model was correctly defined by the *Stanford Encyclopedia of Philosophy*¹² as the materialistic argument or the mortal God, called Leviathan, in which everybody's freedom is transferred to the strong hand of a sovereign, who erects a new order of ruling by principles and laws, and in which everybody can lead a safe and secure life.

Upon reflection, I suspected that the interpretation of Hobbes's *Leviathan* contained in these works must have been around for a long time, so that Ikenberry could refer to it as a matter of course. Indeed, I found another curious contribu-

¹⁰ G John Ikenberry, *Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order* (Princeton University Press, 2011) XII, 2–6.

¹¹ *Ibid*, 10; in the index to the book there is only a reference to a theoretical problem on p 48 fn 15.

¹² Stewart Duncan, 'Thomas Hobbes' in Edward N Zalta (ed), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 edn), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/hobbes> (<http://plato.stanford.edu/entries/hobbes> (accessed 27 July 2013), section 3.

tion by the conservative journalist Claire Berlinski published in 2008 with the subtitle: *Why Margaret Thatcher Matters*. Therein Berlinski draws a historical line directly from Hobbes to Thatcher. According to her understanding of *Leviathan* as 'a defense of central and commanding power in political life',¹³ she apparently recognises that there could also be a problem with totalitarianism, for which reason she immediately adds that 'Leviathan to this day remains a critical justification for the existence and the primacy of the nation-state', as Thatcher 'sought instinctively and ferociously to preserve' too.¹⁴ Thus, it is quite obvious that *Leviathan* is an everyday political symbol for a 'liberal state'. This impression is reinforced on a higher level by the famous book *The End of History* by Francis Fukuyama, an American Professor of political science. The author almost deifies Hobbes as the 'fountainhead from where modern liberalism sprang'.¹⁵

In these three books, dating from 1992 to 2011, we find an evident interest in a neo-liberal view on Hobbes by North-American authors. *Leviathan* seems to represent a political symbol for the free association of citizens with a vague idea of liberalism. I do not want to raise the question of whether this interpretation of *Leviathan* is correct. What matters here is to point out that there *is* such a particular 'real discourse' on *Leviathan* in a specific political context marked by its own interests. It is also important to recognise what kinds of cognitive interests matter in discussing *Leviathan*. And what seems to be manifest, too, is that all three authors recognise a fundamental paradigm, to which they implicitly refer as a matter of course. Indeed, we find this pattern of a quite liberal understanding of Hobbes, on a philosophical and scientific level, prepared in David Gauthier's work. He was one of the first authors in the period under investigation to have promoted a theory of liberal understanding according to the Hobbesian contractual theory, specifically in *Morals by Agreement* in 1986.¹⁶ Even Robert Nozick already referred to Hobbes's *Leviathan* as a political paradigm for building a minimal liberal state by social contract in the 1970s.¹⁷ So both Gauthier and Nozick, who were well known as conservative Republican thinkers, supported the progress of neo-liberalism in North America. Therefore, we can understand now that it was also possible to combine the idea of a strong but minimal state with a concept of market liberalism, as Ikenberry did in 2011. In fact, in addition

¹³ Claire Berlinski, *There is No Alternative: Why Margaret Thatcher Matters* (Basic Books, 2008) 346.

¹⁴ *Ibid*, 347.

¹⁵ Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (Free Press, 1992) 154.

¹⁶ David P Gauthier, *Morals by Agreement* (Oxford University Press, 1986).

¹⁷ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1974).

to the aforementioned publications, we find several other papers and books of a rather neo-liberal nature printed since 1989.

Now, if we form groups of the different authors and their texts, we can put them in at least three categories.¹⁸ First is a group of papers that could be characterised as those of the neo-liberal revival, introduced by David Gauthier, mentioned above.¹⁹ His paradigm has not only influenced a broader discussion of neo-liberal understanding of Hobbes, but it has also been developed further by authors like John Deigh,²⁰ Andrew Levine,²¹ Gerald Gaus²² and James R Martel. Martel argued that Hobbes was not only a liberal thinker but a radical democrat.²³ And, in a more affirmative way than these authors, Sharon Anne Lloyd argued that Hobbes was a liberal in a strong, moral sense of the word,²⁴ whilst David Braybrooke compared Hobbes's critical thought to Saint Thomas Aquinas.²⁵ Second, a more traditional group, also in substance led by a liberal understanding of Hobbes as a positivist,²⁶ includes some papers that critically debate this issue of a

¹⁸ Some works on legal theory do not contain the slightest reference to Hobbes, despite their interest in the historical development of legal ideas, eg Richard A Posner, *Frontiers of Legal Theory* (Harvard University Press, 2001), see index 450.

¹⁹ David Gauthier, 'Thomas Hobbes and the Contraction Law Theory' (1990) Supp 16 *Canadian Journal of Philosophy* 5.

²⁰ See, on his criticism of Gauthier, John Deigh, 'Reason and Ethics in Hobbes Leviathan' (1996) 34(1) *Journal of the History of Philosophy* 33, esp 33, 56–58.

²¹ See on liberalism, authoritarianism and sovereignty, Andrew Levine, *Engaging Political Philosophy: From Hobbes to Rawls* (Blackwell, 2002) 15, 46–47, 51–52.

²² See on 'strong contractualism' and 'Simple Neo-Hobbesianism', 'Gauthier's Reformulation of Hobbesian Moral Contractualism', and the coincidence with social morality, Gerald F Gaus, *Social Philosophy* (ME Sharpe, 1999) 69.

²³ On reading Hobbes 'as a radical democrat' and voluntarist, see James R Martel, *Subverting the Leviathan: Reading Thomas Hobbes as Radical Democrat* (Columbia University Press, 2007).

²⁴ On the centrality of reciprocity to Hobbes's natural law theory, see Sharon Anne Lloyd, *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes: Cases in the Law of Nature* (Cambridge University Press, 2009); Sharon Anne Lloyd, *Hobbes Today: Insights for the 21st Century* (Cambridge University Press, 2013). This affirmative belief leaves almost no room for critical thought.

²⁵ David Braybrooke, *Natural Law Modernized* (University of Toronto Press, 2001).

²⁶ On Hobbes as the 'father of modern legal positivism', see Patrick Riley, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days* (Springer, 2009) 25. On Hobbes and the positivistic thought of Hart, Raz, Bentham and Austin, see Leslie Green, 'Law and Obligations' and Jeremy Waldron, 'Legal and Political Philosophy', both in Jules Coleman and Scott Shapiro (eds), *Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford University Press, 2002) 517–18 and 369 respectively. For a criticism of Hobbes and pre-modern theories of law, see Scott J Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011) 35–50, 174. For a rather simple depiction of Hobbes that criticises his theory of obligation, see George Klosko, 'Political Obligation' in *The History of Political Philosophy* (Oxford University Press, 2009) 712.

positivistic interpretation, written by Marc Murphy,²⁷ Geoffrey Vaughan²⁸ and David Dyzenhaus.²⁹ Third, we find papers with some historical and critical analysis. Strikingly, these were published only within the last 10 years by Paul Cooke,³⁰ Peter Berkowitz,³¹ Lee Ward,³² Vickie Sullivan³³ and by Deborah Baumgold in an illuminating article.³⁴ We also find the late John Rawls with his *Lectures on the History of Political Philosophy*, published after his death. Rawls suggests that since Hobbes wrote in the historical context of the English Civil War, his work called forth a strong intellectual reaction. Against this background, Rawls examines Hobbes as an atheist, materialist and determinist whose thoughts represented a 'secular moral system' within the laws of nature that could be understood without any theological assumption. The Sovereign's function is to guarantee peace and a stable society, and so must become an authority to give

²⁷ For criticism of the view that Hobbes was a positivist, see Mark C Murphy, 'Was Hobbes a Legal Positivist?' (1995) 105(4) *Ethics* 846; Mark C Murphy, 'Surrender of Judgment and the Consent Theory of Political Authority' (1997) 16(2) *Law and Philosophy* 115.

²⁸ On Hobbes's desire to control opinion, see Geoffrey M Vaughan, 'Hobbes's Contempt for Opinions: Manipulation and the Challenge for Mass Democracies' (1998) 13(1–2) *Critical Review* 55, 56, 68.

²⁹ On Hobbes as the founder of the positivist tradition, see David Dyzenhaus, 'Hobbes and the Legitimacy of Law' (2001) 20 *Law and Philosophy* 461; David Dyzenhaus, 'Hobbes on the Authority of Law' in David Dyzenhaus and Thomas Poole (eds), *Hobbes and the Law* (Cambridge University Press, 2012) 186. On Hobbes's two different notions of 'civil law', see Daniel Lee, 'Hobbes and the Civil Law' in Dyzenhaus and Poole, *ibid*, 210.

³⁰ For an examination of the religious aspects of *Leviathan*, see Paul D Cooke, *Hobbes and Christianity, or Reassessing the Bible in Leviathan* (Rowman and Littlefield, 1996); John Hunt, *Religious Thought in England*, vol I (Strahan & Co, 1870); Friedrich Lange, *History of Materialism* (Trubner & Co, 1881); A E Taylor, 'The Ethical Doctrine of Hobbes' (1938) 13(52) *Philosophy* 406; Howard Warrender, *Political Philosophy of Hobbes: His Theory of Obligation* (Clarendon Press, 1957); Francis Campbell Hood, *The Divine Politics of Thomas Hobbes* (Clarendon Press, 1964); Aloysius P Martinich, *The Two Gods of Leviathan: Thomas Hobbes on Religion and Politics* (Cambridge University Press, 1992).

³¹ Peter Berkowitz, *Virtue and the Making of Modern Liberalism* (Princeton University Press, 1999) 35–38.

³² On the role of Hobbes as a modern secularist and proponent of individual natural rights, see Lee Ward, *The Politics of Liberty in England and Revolutionary America* (Cambridge University Press, 2004) 71, 95–98.

³³ On Hobbes's view of ancient republican liberty as a model for the contemporary period, and the extent of his liberal thought generally, see Vickie B Sullivan, *Machiavelli, Hobbes, and the Formation of a Liberal Republicanism in England* (Cambridge University Press, 2004).

³⁴ On 20th-century interpretation of Hobbes, see Deborah Baumgold, 'Hobbes' in David Boucher and Paul Kelly (eds), *Political Thinkers: From Socrates to the Present* (Oxford University Press, 2nd edn 2009) 189. She outlines here that there is no prisoner's dilemma, as was suggested previously by scholars including Bunce, Newey and the article in Routledge's encyclopedia; see below, nn 41, 43, 46.

laws. Hence, even bad laws (from a critical point of view) were better than no laws, as the situation without laws would stimulate a new war.³⁵

However, there have been only two sophisticated historical works, written by Gordon Hull and Peresz Zagorin.³⁶ Both books were first published in 2009, towards the end of the period of our investigation. These recent works give us some important, critical thoughts on Hobbes in the American discourse of today. Hull regards Hobbes as a very modern thinker, with a focus on the constitutive power of language and linguistic criticism. He situates Hobbes against the late scholastic period, but also against the Machiavellian tradition.³⁷ He ends his explanation with a fundamental criticism of our 'nowadays-hobbesian-age' with its 'new ideology of contractual thought'.³⁸ He recommends a re-reading of Hobbes in a more critical way to avoid or reject imaginary thoughts about Hobbes's homogeneity, wholeness and geometry in humanities and politics. As I understand it, this is also a definitive rejection of neo-liberalism and its economic reasoning, which for a period of more than three decades has been received into the humanities, particularly in the interpretations of Hobbes.

Looking back on these North American papers and books, I find that the efficient historical analyses emerge rather late in the discourse, but become more and more consistent in the end. These historically informed critics of the last five to ten years offer a sound scientific perspective on Hobbes, while the other papers are rather expressions of present-day adaptations of Hobbes as a contemporary politician or a smart theorist. We will discuss what this means in relation to an academic approach after reading the two other discourses.

B. Great Britain (England and Scotland)

The discourse in England and Scotland is neatly distinguished from the one in North America. However, I did not find half as much material as for North America. This fact could have something to do with the idea of Hobbes as a po-

³⁵ John Rawls, *Lectures on the History of Political Thought* (Harvard University Press, 2007), 24, 27, 30–32, 73, 79, 83–84.

³⁶ Peresz Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature* (Princeton University Press, 2009).

³⁷ Cf Paul A Rahe, 'Hobbes as Disciple and Critic of Machiavelli', Johannes Althusius Society Conference, Rotterdam, May 2013.

³⁸ See Gordon Hull, *Hobbes and the Making of Modern Political Thought* (Continuum, 2009) 142–4.

litical paradigm, which also makes him more important as a reference point for current debates in North America.

Among the papers and books from the UK, we find two authors of importance: Quentin Skinner and Tom Sorell. Skinner has been one of the leading Hobbes scholars for decades. He tries to understand different types of 'political thought' by putting them in historical perspective.³⁹ By contrast, in Sorell we meet a prominent and strong opinion reflecting specific, more traditionally British thinking on Hobbes.⁴⁰

But there are other authors in Great Britain, who read and understand Hobbes's political philosophy in a quite critical way. In particular, they describe Hobbes's *Leviathan* in a non-affirmative manner, such as John Dunn,⁴¹ Glen Newey,⁴² Ross Harrison,⁴³ Alan Ryan,⁴⁴ Robin Bunce,⁴⁵ Monica Brito Vieira⁴⁶ and Martin Cohen,⁴⁷ with his personal introduction on *Political Philosophy* for students.

What draws one's attention within the British discourse is that these authors explicitly criticise Hobbes's logic and ambiguity, as well as his material thought on

³⁹ Quentin Skinner, *Visions of Politics*, vol 3: *Hobbes and Civil Sciences* (Cambridge University Press, 2002); Quentin Skinner, *Hobbes and Republican Liberty* (Cambridge University Press, 2008).

⁴⁰ For a historical and critical statement on political readings about Hobbes, see Tom Sorell, 'Thomas Hobbes' in *Encyclopedia Britannica: Academic Edition* (1988, rev 2008), www.britannica.com/EBchecked/topic/268448/Thomas-Hobbes (accessed 30 July 2013); Tom Sorell, 'Thomas Hobbes (1588–1679)' in *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (1998, rev 2002), www.routledgeonline.com/philosophy/Book.aspx?id=w383 (accessed 27 July 2013); Tom Sorell, 'Hobbes's Moral Philosophy' in Patricia Springborg (ed), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan* (Cambridge University Press, 2007) 128, esp 146–9; Tom Sorell, 'Hobbes, Public Safety and Political Economy' in Raia Prokhovnik and Gabriella Slomp (eds), *International Political Theory after Hobbes* (Palgrave Macmillan, 2011) 42.

⁴¹ On the practical impact of Hobbes's theory, see John Dunn, 'Political Obligation' in John Dunn, *The History of Political Theory and Other Essays* (Cambridge University Press, 1996) 66.

⁴² On Hobbes as a materialist thinker, system-builder and sceptic in a humanistic but rather eclectic understanding of tradition, see Glen Newey, *Hobbes and Leviathan* (Routledge, 2008).

⁴³ Ross Harrison, 'The Equal Extent of Natural and Civil Law' in Dyzenhaus and Poole (n 29) 22, esp 23–24, 31, 37–38) contradicts the American view of the extent of natural and civil law in Hobbes.

⁴⁴ Alan Ryan, 'Hobbes's Political Philosophy' in Tom Sorell (ed), *The Cambridge Companion to Hobbes* (Cambridge University Press, 1996) 208, esp 237.

⁴⁵ For an assessment of recent interpretations of Hobbes, see Robin ER Bunce, *Thomas Hobbes* (Continuum, 2009) 100.

⁴⁶ Monica Brito Vieira, *The Elements of Representation in Hobbes: Aesthetics, Theatre, Law, and Theology in the Construction of Hobbes's Theory of the State* (Brill, 2009).

⁴⁷ For an original interpretation of Hobbes's authoritarian organisation theories, see Martin Cohen, *Political Philosophy: From Plato to Mao* (Pluto Press, 2001).

political absolutism.⁴⁸ The common denominator of their arguments is that Hobbes's *Leviathan* cannot be used as a model in the twentieth and twenty-first centuries, since the underlying political programme does not correspond to our modern understanding of a liberal society. There is a substantial risk that *Leviathan* would be abused as a model to justify political absolutism. I found just one prominent exception in the British discourse, namely by Joseph Raz, a former pupil of HLA Hart. Contrary to other British scholars, he interprets Hobbes in a positivistic and neo-liberal way.⁴⁹

In a first comparative summary of both the British and North American discourse, we have to establish that almost all British interpreters within the last 25 years read and understand Hobbes's *Leviathan* as a book in the historical context of its own period and without any advice for today. Therefore, they would deny that there is any model in Hobbes's philosophy of state and law that can be used for present-day purposes. There is a clear contrast, then, between mainstream British scholarship on Hobbes and the majority of North American interpretations in the recent past.

C. Germany

The German reception has its own characteristics and differs from the previous discourses, although it is nearer to the British than to the North American one. What caught my interest from the very beginning was an outstanding focus on methodology in most of the papers. I also found numerous methodological papers from the decades before, which demonstrate and verify this kind of specific, scientific perception. The methodological focus turns most of these publications into debates *on* rather than descriptions *of* Hobbes. As Nietzsche already said, an interpretation of an author tells not only something about the author, but also about the interpreter.⁵⁰ Similarly, Iring Fetscher, in his excellent introduction to the German translation and edition of *Leviathan*,⁵¹ said that the specific methodology used by a certain author always has to be seen against the background of the political climate of his own time. This insight is also borne out in this intro-

⁴⁸ See Harrison (n 43) 23; Dunn (n 41) 80, 87; Newey (n 42) 29–30, 180; Cohen (n 47) 50.

⁴⁹ On Hobbes and market theory, see Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford University Press, 2009).

⁵⁰ Friedrich Nietzsche, 'Interpretationen' in *Die fröhliche Wissenschaft. Scherz, List und Rache, Vorspiel in deutschen Reimen* (Verlag von E W Fritzsch, 1887) 9.

⁵¹ Iring Fetscher, *Thomas Hobbes Leviathan* (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1966) Einleitung LXVI.

duction. Therefore, any historical interpretation must take into account the specific epoch in which it originated, because each epoch has created its own sense and understanding of Hobbes.

Now, if I were asked to explain why this approach should be a specific phenomenon in German academic socialisation, I would answer that this methodological awareness is due to a radical challenge that the Germans had to address after World War II. They were forced to look at the problem of how their political and cultural ideology had been constituted against the background of National Socialism.⁵² The Germans also had to do away with the long-lasting influence of Carl Schmitt’s understanding of *Leviathan* from 1938 on the ‘Allgemeine Staatsrechtslehre’, as Mathias Schmoeckel has demonstrated.⁵³ On the other hand, there has since the Enlightenment been a widely discussed methodological basis of hermeneutics, which reached its peak in 1960 in Hans-Georg Gadamer’s book *Truth and Method*.⁵⁴

Nevertheless, with some exceptions, the German discourse of the last 25 years does not have the same attractiveness as the critical British one. Among academics in present-day Germany, there is not only a critical but also a quite reserved interest in Hobbes.⁵⁵ An example of this is the well-known scholar Herfried Münkler, with his rather business-like book on Hobbes, printed in 1993.⁵⁶ Even the liberal philosopher Wolfgang Kersting, who edited several treatises on Hobbes, likes to present him as a liberal, underlining the innovations in his theory against Aristotelianism. However, Kersting remains on a historical level of

⁵² In relation to Hobbes, see Cristian Seiler, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung* (Mohr Siebeck, 2005) 82.

⁵³ Mathias Schmoeckel, ‘Staatslehre und Mythos bei Carl Schmitt und Thomas Hobbes’ in Hermann Nehlsen and Georg Brun (eds), *Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus* (Peter Lang, 1996) 133.

⁵⁴ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Mohr, 1960); see Marcel Senn, ‘The Methodological Debates in German-Speaking Europe (1960–1990)’ in Anthony Musson and Chantal Stebbings (eds), *Making Legal History: Approaches and Methodologies* (Cambridge University Press, 2012) 108, s. Beitrag 5, S. 91–100.

⁵⁵ Arno Baruzzi, *Rechtsphilosophie der Gegenwart* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006) does not refer to Hobbes. However, a competent overview is given by Marcus Llanque, *Politische Ideengeschichte – ein Gewebe politischer Diskurse* (Oldenbourg, 2008) esp 210–18.

⁵⁶ Herfried Münkler, *Thomas Hobbes* (Campus, 1993) 147. One of the most complex issues in Taylor-Warrender’s discussion, namely whether there could be a second order behind the positive law (or not), is here reduced to a rather clear but simple statement: it *is* a fact, but *this* fact is nothing else than the result of an inconsequence in Hobbes’s thought.

comprehension, without seeking to make Hobbes fit for the present.⁵⁷ In 2009 the emeritus professor Rüdiger Voigt stated that it is no longer possible to be too lyrical about Hobbes and to consider him as the greatest source of political wisdom ever.⁵⁸ In the same vein, already in 1976, Wilhelm Hennis drily said, with regard to the famous proverb '*auctoritas facit legem*', that Hobbes did not even know how to answer the question of legitimacy.⁵⁹ Another profound and critical analysis that also discusses the British and North American interpretations of the twentieth century was written by Daniel Eggers in 2008.⁶⁰ Eggers, too, took a strong methodological view on the impact of the arguments.

Thus, on this high level of research, we have to establish quite a distant and critical view on Hobbes, not only within the last 25 years but including other decades. This distant view on Hobbes was, as seen, introduced long before, motivated by a specific methodological perception. This makes the German view rather unique.

But what makes it all the more surprising is that there cannot be found a correspondence of critical thought on the level of common legal or political history with theory books written for students in the German language. Instead we find herein merely outmoded views of Hobbes, who figures as the great secular theorist of political power in premodern state-theory.⁶¹ It is obvious that this amazing difference between the two ranks of profound and serious research and of a more common study book must be considered a clear shortcoming, requiring the reception of research into legal and political education. Young people should again be included in the argument of power as the central fundament of any society and state-building.⁶² Of course, this argument has been quite a traditional thought in

⁵⁷ Wolfgang Kersting, 'Die Politische Philosophie der Neuzeit' in Wolfgang Kersting, *Thomas Hobbes, Leviathan* (Akademie Verlag, 2nd edn 2008) 9, esp 24–28.

⁵⁸ Rüdiger Voigt, *Den Staat denken. Der Leviathan im Zeichen der Krise* (Nomos, 2nd edn 2009) 288 para 4.2.

⁵⁹ Wilhelm Hennis, 'Legitimität. Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft' in Wilhelm Hennis, *Politikwissenschaft und politisches Denken* (Mohr Siebeck, 2000) 275.

⁶⁰ See Eggers (n 7).

⁶¹ See eg Otfried Höffe, *Thomas Hobbes* (CH Beck, 2010) for a quite affirmative understanding of Hobbes as a pioneer of modernity; Klaus Adomeit, *Rechts- und Staatsphilosophie, Bd II: Rechtsdenker der Neuzeit* (CF Müller, 2nd edn 2002) 39. Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft). Ein Studienbuch* (CH Beck, 11th edn 1991) 120–1 establishes an anthropological argument for Hobbes to have a good reason for an authoritarian and stable state; see also Reinhold Zippelius, *Geschichte der Staatsideen* (CH Beck, 8th edn 1991) esp 101–4.

⁶² See again Höffe's argument as paradigm (n 61).

German understanding, too. It probably refers to a theological statement,⁶³ often used since the period of Reformation, as Reinhart Koselleck wrote in 1973.⁶⁴ This argument also appears in Immanuel Kant’s *Metaphysik der Sitten*,⁶⁵ from where it had been transferred into legal thought by Gustav Radbruch or Carl Schmitt in the first decades of the twentieth century.⁶⁶ From these works, Hobbes became known as one of the great father figures of modern state theory in Germany.

D. Summary and Comparison of the Three Discourses

After our analysis of the various discourses on Hobbes since the end of the 1980s, each indebted to a specific, contextual, academic ‘socialisation’, we come to some conclusions about the idea of the ‘correct’ reading and understanding of Hobbes’s *Leviathan* and its value for today, even as a model of political thought.

Apart from a couple of exceptions, the various discourses in the United States and Canada generally demonstrate that there is a tendency to understand Hobbes along the lines of political liberalism or theoretical positivism. This notion is always in the background but is rarely defined explicitly. In the discourses from Britain and Germany, on the other hand, we find a rather profound, historical analysis of Hobbes, which tries to understand his ideas in light of the political context of his own day. The British discourse is decidedly critical in its historical understanding. The German discourse has a clear focus on hermeneutics and methodological problems. The contemporary academic interest in Hobbes’s *Leviathan* is rather modest, but is critical among German scholars. However, German student textbooks are still relying on a relatively outdated understanding of

⁶³ On Hobbes and the ambition for supremacy by the popes Gregor VII (11th century) to Boniface VIII (early 14th century), see Klaus Roth, *Genealogie des Staates. Prämissen des neuzeitlichen Politikdenkens* (Duncker & Humblot, 2003) 719, following the approach by Carl Schmitt in his *Politische Theologie* (Duncker & Humblot, 1922).

⁶⁴ Reinhart Koselleck, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt* (Suhrkamp, 8th edn 1997) 22–24.

⁶⁵ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), reprinted in Wilhelm Weischedel (ed), *Werkausgabe* vol 8 (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1977), *Rechtslehre*, II. Teil: Das Staatsrecht, § 49 Allgemeine Anmerkung A (1797) 173–82 /B (1798) 203–12.

⁶⁶ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1914), Ralf Dreier and Stanley L Paulson (eds) (CF Müller, 2nd edn 2011) 82; Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol* (original German 1938), George Schwab and Erna Hilfstein (trans) (Chicago University Press, 2008).

power as being the basis of laws in their accounts of Hobbes's political philosophy.

One may assume that this diversity of interpretations has to do with different kinds of academic 'socialisation', in the sense used by Kuhn. This academic socialisation is bound to a typical, but 'regional' rather than 'national', interest in the period under scrutiny. It is also dependent on research questions that were motivated by cognitive interests, which implicitly structure our understanding. These scientific structures can be changed by stretching and differentiating the paradigm of any traditional understanding. Referring to the United States and Canada, we can perhaps establish a relationship with the current of philosophical pragmatism, as represented by William James in the early twentieth century, which was dominated by some kind of immanent utilitarianism.⁶⁷ By contrast, the discourses in Britain and Germany seem to reveal a self-understanding of the humanities, which stresses scholars' obligation to produce critical and distant statements about society and politics.

It is not unthinkable that, the more the humanities shed themselves of old 'homemade' connections, the more the differences between traditional cognitive interests, as presented in this paper, will disappear too. If that happens, it will be of great necessity to focus on a more intellectual and historical discussion of the British and German kinds (even though they are not identical), which have both demonstrated a critical analysis within the past decades.

III. Final conclusion

Returning to the basic idea set out at the beginning of this paper, we can affirm that there has been a permanent quarrel going on about the correct interpretation of *Leviathan* since it was first published in 1651.⁶⁸ In our discussion of the twen-

⁶⁷ See hereto Marcel Senn, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie. *Historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechtsphilosophie. Eine Einführung mit Quellenmaterialien und einem Gastbeitrag zum «Sinomarxismus» von Harro von Senger* (Dike, 2012) 127–31.

⁶⁸ For an overview of the controversial debates concerning 'correct' interpretation, see Eggers (n 7). The early critiques of Hobbes's *Leviathan*, especially those of the 17th century (with their implicit effects on further debates), have been documented very well by Jon Parkin, *Taming the Leviathan: The Reception of the Political and Religious Ideas of Thomas Hobbes in England 1640–1700* (Cambridge University Press, 2007); Noel Malcolm, 'Hobbes and the European Republic of Letters' in Noel Malcolm, *Aspects of Hobbes* (Oxford University Press, 2002) 457; Samuel I Mintz, *The Hunting of Leviathan: Seventeenth-Century Reactions to the Materialism and Moral*

tieth century, we came across fundamental controversies by Strauss-Schmitt in the 1930s, Taylor-Warrender in the 1950s and 1960s,⁶⁹ and pro-and-contra Skinner in the 1980s.⁷⁰ All those debates relied on a strong belief in the possibility of a ‘correct’ interpretation. However, the extent to which these perspectives were dependent on a political or confessional point of view (*Weltanschauung*) was often ignored. As I said before, these cognitive interests are necessary to assess the content of any text and to bring the wealth of its thoughts to the surface.

To conclude, I think that any classic text, in particular a text like Hobbes’s *Leviathan*, has a wide scope within which it can be understood. This is the realistic approach to such a text from a hermeneutic perspective. Even if, as Hobbes said, a law – that is a clear command – has to be interpreted to be understood, I really think that a work like the *Leviathan* remains elusive from a present-day perspective. Incidentally, the text was revised by Hobbes himself, and even his contemporaries found *Leviathan* a challenging and complicated text. Actually, in my view, it is the hallmark of any masterpiece that it demands more than a superficial reading of the text that simply tries to determine the right way of understanding the text, as so frequently happens. Rather, those classic texts require a sphere of intellectual liberty to enter into a dialogue on a complex subject with many other readers, who each have their own experiences and a different knowledge of history. Consequently, no one is to blame for his or her specific personal understanding of a particular text, as long as different arguments are carefully examined, historically analysed and fiercely debated. That is what science comes down to.

However, as soon as a text gives rise to an excessively one-sided reading, or if there is an attempt to exploit Hobbes (or any other important author) for a current political agenda, I am convinced that we, as intellectuals, are obliged to refuse such an interpretation. That kind of (simplistic) interpretation is regularly more proud than wise. It leads to unsustainable statements, which, eventually, are of no scientific relevance. Admittedly, Hobbes is one of the fathers of modernity – if

Philosophy of Thomas Hobbes (Cambridge University Press, 1962); John Bowle, *Hobbes & his Critics: A Study in Seventeenth Century Constitutionalism* (Jonathan Cape, 1951). Some documents of critique in full text were published as appendices in Aloysius P Martinich and Brian Battiste (eds), *Leviathan, Parts I and II, Thomas Hobbes* (Broadview, rev edn 2011); Gabriella Slomp (ed), *Thomas Hobbes* (Ashgate, 2008).

⁶⁹ See also nn 30 and 56.

⁷⁰ Ricardo Silva, ‘O contextualismo linguístico na história do pensamento político: Quentin Skinner e o debate metodológico contemporâneo’ (2010) 53(2) *DADOS-Revista de Ciências Sociais* 299; Kari Pakonen, *Quentin Skinner: History, Politics, Rhetoric* (Lavoisier, 2003).

we need any such authoritative figures to rely on – since he weighed individual self-preservation against the obligation to live a common, good life in the Aristotelian sense. But Hobbes is not therefore automatically the father of liberalism, as Leo Strauss wished in the 1930s,⁷¹ or as Lucien Jaume tried to defend with the argument of a 'veiled aspect'⁷² of liberal thought in Hobbes some years ago.⁷³

Therefore, our conclusion ought to be that no philosopher from the past or from another cultural tradition can ever be so readily adapted to needs of the present. A good philosopher's writing is meant to challenge our individual minds in reading and understanding. It is not intended to be an authority on the basis of its thoughts, which, in the end, were created under circumstances not comparable to those of the present. Therefore, we have to be well educated so as to know how to deal with a current problem critically by *ourselves*, without relying on the advice of opinion-leaders and lobbying intelligencia. In my opinion, this is the only intellectual way in which we can show our respect to all of these great and profound philosophers.

⁷¹ Leo Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and its Genesis* (Oxford University Press, 1936).

⁷² One can hear an echo of Rawls in this argument.

⁷³ Lucien Jaume, 'Hobbes and the Philosophical Sources of Liberalism' in Springborg (n 40) 29.

Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts

Eine kritische Erörterung des Säkularisierungsbegriffs*¹

Längst ist die *opinio communis* zu Spinoza gemacht: Spinoza ist ein säkularer Philosoph. Was also soll eine Abhandlung zu «*Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts*» noch an neuer Erkenntnis bringen?

Denn die Säkularisierungsthese nach gegenwärtigem Wissenschaftskanon besagt, dass es eine klare Trennlinie zwischen Theologie und Religion einerseits und Philosophie und wissenschaftlicher Erkenntnis andererseits gebe, so dass diese Disziplinen miteinander kaum etwas gemeinsam haben könnten, auch wenn sie bis in die frühe Neuzeit hinein eng liiert waren oder in anderen Kulturräumen – etwa Asien bzw. Nordamerika – keineswegs dem eisernen Gesetz dieser Dichotomie unterliegen. Weshalb also soll nach einem Halm zeitgenössisch-christlicher Mystik bei Spinoza² gesucht werden,³ wenn sich aufgrund seiner jü-

* Erstpublikation in: Recht, Konfession und Verfassung im 17. Jahrhundert. West- und Mitteleuropäische Entwicklungen, von Friedeburg, Robert/Schmoeckel, Mathias (Hg.), Berlin: Duncker & Humblot 2015 (= Historische Forschungen 105), S. 243–260.

¹ Zu danken habe ich insbesondere meiner Assistentin BLaw Katharina Niederberger für die Unterstützung bei der Materialsammlung und für die kritische Korrektur der Druckfassung sowie auch MSc et BLaw Dominique Ammann für das Korrekturlesen des Entwurfs.

² Vgl. dazu: A. Matheron, *Le Christ et le salut des ignorants chez Spinoza*, Paris 1971 (= *Analyse et raisons*, 16). Nach Matheron ist Jesus Christus im Gegensatz zu Mose ein Universalist, der für alle Menschen gültige Glaubenssätze predigt. Dabei stehen die Gerechtigkeit und die Barmherzigkeit im Zentrum (S. 7f., 110). Wer nach diesen Regeln lebt, kann gerettet werden (S. 99). Christus ist weniger ein Prophet, sondern vielmehr die Stimme Gottes (*la voix de Dieu*, S. 91). Gegenüber den Philosophen äußert Christus seine Botschaft auf höherer Ebene, während er gegenüber weniger Verständigen sich einfacher ausdrückt und in Gleichnissen spricht (S. 131ff.).

³ Wolfgang Röd hat in seiner *Geschichte der Philosophie* (*Philosophie der Neuzeit 1: Von Francis Bacon bis Spinoza*, Bd. VII, München, 2. Aufl. 1999) auf S. 304 (FN 18) das Verhältnis bislang als Einziger thematisiert, ohne es allerdings konkreter auszuführen. Er versteht den Begriff der Mystik als Idee eines All-Einheits-Denkens, das die natürliche Seinstotalität hintergeht, und deutet diesen im Sinne des von Wolfgang Bartuschat erschienenen Buchs «*Spinozas Theorie des Menschen*», Hamburg 1992, S. 349 neuplatonisch um. In *W. Röd, Der Gott der reinen Vernunft. Ontologischer Gottesbeweis und rationalistische Philosophie*, München 1991, ist davon noch nichts zu lesen (S. 87ff., 104f.).

dischen Herkunft bereits der Anfangsverdacht eines Verhältnisses zur näher liegenden Kabbalistik⁴ als nicht tragender Zweig erwiesen hat?⁵

⁴ Vgl. A. Kilcher, Kabbala in der Maske der Philosophie. Zu einer Interpretationsfigur in der Spinoza-Literatur, in: H. Delf/J. Schoeps/M. Walther (Hg.), Spinoza in der europäischen Geistesgeschichte, Berlin 1994 (= Studien zur Geistesgeschichte, 16), S. 193–242.

⁵ Zwar ist das Thema «Religion» in den 1990er Jahren in den Fokus der Spinoza-Forschung gelangt, doch erfuhr es nur kurze und marginale Aufmerksamkeit. Einer der ersten, der diese Thematik damals bewusst aufgriff, war Alexander Samely (Spinozas Theorie der Religion, Würzburg 1993 [= Schriftenreihe der Spinoza-Gesellschaft, 2]). Der Thematik der Religion in Spinozas Philosophie wurde 1995 auch ein Band der Studia Spinozana gewidmet (H. De Dijn/F. Mignini/P. van Rooden [Hg.], Spinoza's Philosophy of Religion, Würzburg 1996 [= Studia Spinozana, 11]). Doch – so mein Eindruck – erscheint das Thema der Religion eher als eine interessante Marginalie aus dem Blickwinkel einer systematisch werkimmanenten Interpretation. Ferner gibt es im Anschluss an eine frühere Diskussion um den Einfluss der Kabbala auf Spinoza und Yovels These vom Marranentum Spinozas eine aktuell spezifische Wahrnehmung von Spinoza als Jude (vgl. S. Nadler, The Jewish Spinoza, in: Journal of the History of Ideas 70 [2009], S. 491–510, insb. 492ff., 498ff.; sowie ders., Spinoza as a Jewish Philosopher, in: S. Nadler/M. Walther/E. Yakira (Hg.), Spinoza and Jewish Identity, Würzburg 2003 [= Studia Spinozana, 13], S. 64ff.; vgl. insb. die Kritik von Manfred Walther dazu [M. Walther, Was/Is Spinoza a Jewish Philosopher? Spinoza in the Struggle for a Modern Jewish Cultural Identity in Germany: A Meta-Reflection, in: S. Nadler/M. Walther/E. Yakira (Hg.), Spinoza and Jewish Identity, Würzburg 2003 [= Studia Spinozana, 13], S. 207ff.]). Diese Beiträge vermochten die festgefügte Interpretation zu Spinoza jedoch nicht nachhaltig zu irritieren und neu zu definieren. Nach der historiographischen Säkularisierungsthese der bürgerlich-liberalen wie der marxistisch-materialistischen Geschichtsauffassung des 19. und frühen 20. Jahrhunderts wurden die Portraits der Philosophen der frühen Neuzeit (in Abgrenzung zu allem, was dem verteuflten «dunklen Mittelalter» zugeschrieben wurde und noch wird) in der Weise geschönt, dass sie dem profanen Weltbild des perfekt säkularen Empiristen, Naturalisten und Materialisten entsprachen. Allfällige Anzeichen aus der alten, als «mittelalterlich» eingestuften Welt wurden folgerichtig als zeitbedingtes Kolorit für die Interpretation überflüssig. Dieses Grundverständnis prägt unter anderem auch das Spinoza-Bild der Wissenschaft, worin sich allerdings die gesellschaftspolitischen Zeitläufe einer aktualisierenden Perspektivenbildung widerspiegeln. Entsprechend wird der gottlose Rationalist zum Naturalisten, gar zum Manchesterliberalen, bei dem vor allem die Haifische auf die Rechnung kommen (vgl. M. Senn, Vom Recht der grossen und der kleinen Fische. Ein Versuch zur Klärung eines Missverständnisses betreffend die Rechtslehre von Baruch de Spinoza, in: S. Hotz/ K. Mathis [Hg.], Recht, Moral und Faktizität. Festschrift für Walter Ott, Zürich/St. Gallen 2008, S. 202–219). Derselbe Spinoza avanciert bei sozialistischen Autoren um 1900 hingegen zum Vordenker des Materialismus (G. Plechanow, Bernstein und der Materialismus, in: Die Neue Zeit [1897/1898] 44, S. 545–555) und gleichzeitig kann er als Machttheoretiker von machiavellistischem Schlag und sozialdarwinistischem Opportunismus gesehen werden (vgl. M. Senn, Frei denken – staatlich handeln, in: M. Czelinski et al. [Hg.], Transformation der Metaphysik in die Moderne. Zur Gegenwartigkeit der theoretischen und praktischen Philosophie Spinozas. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, Würzburg 2003, S. 116, s. Beitrag 13, S. 217–233; A. Orsucci, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Spinozismus und Naturwissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: E. Balibar/H. Seidel/M. Walther [Hg.], Freiheit und Notwendigkeit. Ethische und politische Aspekte bei Spinoza und in der Geschichte des (Anti-) Spinozismus, Würzburg 1994 [= Schriften der Spinoza-Gesellschaft, 3], S. 191ff.). Zwischen

Indessen geht es nicht um eine vordergründige Relation von Spinoza und Mystik, sondern darum, unser Augenmerk auf uns selber zu richten und uns als Akteure in diesem kognitiven Perzeptions- und Rezeptionsprozess mitzusehen. Spinoza hat – wie viele seiner Zeitgenossen des 17. Jahrhunderts – seine Welt sicherlich nicht, jedenfalls nicht nur im Sinn von unseren geschichtlich gewachsenen, trennscharfen Kategorien verstanden oder verstehen können. Unsere Art des wissenschaftlichen Denkens ist stark vom Geist des späteren 19. Jahrhunderts geprägt. Nach dieser Auffassung darf eine seriöse Wissenschaftsdisziplin wie die moderne Philosophie sich nicht mit einer Weltsicht der Mystik, die bestenfalls zwischen Fantasie und Spekulation einzustufen ist, kontaminieren.

Das positivistisch-systematische Wissenschaftsverständnis hat uns in den letzten zweihundert Jahren ein Stück weit in die Enge getrieben und uns auf einem Auge vielleicht auch blind gemacht. Diese Entwicklung lässt sich etwa im Bestreben der zunehmenden Verwissenschaftlichung des Begriffs «Mensch» vom 18. bis ins 20. Jahrhundert beobachten. Der Begriff des Menschen wurde im 18. Jahrhundert noch kosmopolitisch und philanthropisch verstanden, doch im weiteren Verlauf durch diskriminierende Kategorisierungen nach Rassen und einer zutiefst inhumanen Anthropologie mit sozialdarwinistischem und elitärem Gepräge ausdifferenziert. Anhand dieses Beispiels ist es durchaus nachvollziehbar, dass die Zunahme klar trennbarer Kategorien nicht notwendig einen Zuwachs an wissenschaftlicher Erkenntnis mit sich bringt, wenn auch in formaler Hinsicht eine Differenzierung vorgenommen wird. Die Komplexität der Dinge ist vielmehr aus ihrem Kontext heraus – was sie darin einmal bedeute(te)n – zu verstehen und somit als ein historisches Phänomen eines Prozesses zu sehen, statt diesen auf einen enzyklopädischen Wissensrationalismus zu verkürzen.⁶ Das methodologi-

1930 und 1980 war es – bedingt durch den Zweiten Weltkrieg und dessen ideologische Zerrbilder, die den Nationalsozialismus überdauerten – eher still.

⁶ Dazu ein Beispiel aus der Musikgeschichte: So wenig sich eine sinnvolle Unterscheidung zwischen religiöser und profaner Musikproduktion bei einem Musiker wie J. S. Bach treffen lässt, insofern Bach einer Praxis des Barockzeitalters folgend Musik vom säkularen in den sakralen Bereich transferierte, wie das Beispiel des Weihnachtsoratoriums erkennen lässt, so verhält es sich – wie mir scheint – auch in dieser Sache nicht anders, nur mit dem bereits angedeuteten Unterschied, dass Philosophie als Wissenschaft ihre Seriosität nicht durch ihre autonome Denkleistung, sondern erst durch den Grad ihrer weltlich-spröden Trockenheit erhält. Das Problem der Befremdung liegt nur bei uns, weil wir vermeinen, dass ein so bedeutender Musiker vom Range Bachs zwischen religiöser und profaner Musik strikte zu unterscheiden habe. Als ich das erste Mal das Terzett aus der fünften Kantate von Bachs Weihnachtsoratorium hörte, traute ich meinen Ohren nicht: Sopran und Tenor singen weinerlich klagend: «Ach, wenn wird die Zeit erscheinen? Ach, wenn kömmt der Trost der Seinen?» Derweil die Alt-Stimme einwirft: «Schweigt, er ist schon wirklich hier!» Gemeint ist die Präsenz Gottes in der Welt, die die Menschen nicht sehen wollen

sche Problem besteht aus hermeneutischer Sicht somit darin, dass durch aktualisierende Rückprojektionen unserer heutigen Kategorien auf einen Gegenstand der Geschichte normative und situative Fehleinschätzungen erzeugt werden. Dieser Sachverhalt lässt sich auch im Umgang mit dem berühmten Leitgedanken aus dem Theologisch-Politischen Traktat von Spinoza, wonach die Freiheit des Denkens ohne Beschädigung der *pietas* oder der *pax* einer *res publica* zugestanden werden könne, gleich zweifach belegen.

1. Das zum Leitsatz gehörende Zitat aus dem Ersten Brief des Johannes wird regelmäßig nicht wiedergegeben. Dieses lautet: «*Daran erkennen wir, dass wir in Gott bleiben und Gott in uns, dass er uns von seinem Geist gegeben hat*». Dessen Auslassung folgt der Logik, dass seriöse Philosophie nur säkular sein könne, und da Spinoza eben ein seriöser Philosoph sei, habe ein Zitat wie dieses in der erklärenden wissenschaftlichen Literatur nichts zu suchen, vielmehr sei es bloßes Dekor für den zeitgenössischen Adressaten gewesen. Dieser Zusatz ist jedoch die notwendige Grundlage, auf welcher der Leitgedanke selbst beruht. Es gibt Spinozas Gottesverständnis im Sinn seiner *Ethica*, an der er 1670 bereits seit Jahren arbeitete, wieder und bildet die nicht hintergehbare Referenz der zeitgenössischen *Topoi pax, libertas philosophandi* und *pietas*, die er im Rahmen des zeitgenössischen Diskurses ebenfalls abhandelt.
2. Desgleichen halte ich es für unsinnig, dem Begriff der *pietas* die Bedeutung von Moralität zu unterlegen.⁷ Die *pietas* erfüllt im zeitgeschichtlichen Kontext

oder können. Das heißt, die Geburt Christi ist gegenwärtig; Anlass für eine affektiv bange Erwartung gibt es nicht, sähe man klar. Die Textstelle stammt von Bach selbst; sie ist auf das Jahr 1734 zu datieren. Sie erinnerte mich an Texte von Mystikern wie Daniel Czepko, Angelus Silesius oder Jakob Böhme, die gut achtzig Jahre zuvor die Immanenz Gottes vergleichbar ausgedrückt hatten. Das Epigramm von Silesius, dass der Christ im Hier und Jetzt zu blühen habe oder sonst tot bleibe, ist hierfür bezeichnend (*A. Silesius, Der cherubinische Wandersmann*, Held, Hans Ludwig [Hg.], *Sämtliche poetische Werke in drei Bänden*, Bd. 3, München 1924, III/90, S. 111). Wie kann Bach profane, also weltliche Musik, im Fall des Weihnachtsoratoriums (BWV 248) eine «Marketingmusik» für das sächsische Herrscherhaus als Eingangsschor für gehobene religiöse Ansprüche, ja für sein eigenes und eindeutig religiöses Anliegen, wiederverwenden? Die Antwort ist unwissenschaftlich einfach: Ob als Glückwunschkantate (wie BWV 214) für die sächsische Kurfürstin Maria Josepha oder zu Ehren des himmlischen Herren komponiert, es passt, es macht Freude, es wirkt sinnstiftend, mit Pauken und Trompeten das Fest zu begehen. Es entsprach zeitgenössischer Praxis, in dem Sinne zu «parodieren». Zum Problem wurde dies erst mit der Grenzziehung zwischen einer «seriösen» und einer bloss noch «unterhaltenden» Musik, als ob das eine das andere ausschliesse. Doch, gute Musik bleibt gute Musik, und sie erfüllt ihre Funktion auch in variierenden Kontexten, wenn sie in der Kompositionsarchitektur zu überzeugen vermag.

⁷ W. Bartuschat, *Moralität bei Spinoza*, in: M. Senn/M. Walther (Hg.), *Ethik, Recht und Politik bei Spinoza*. Vorträge des 6. internationalen Kongresses der Spinoza Gesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 24ff.; ders., *Einleitung*, in: *Baruch de Spinoza, Theologisch-Politischer Traktat* [1670],

der Konfessionsfrage eine gesellschaftspolitische Funktion, die nicht aktualisierend – im Sinn eines neukantianischen Verständnisses – umzudeuten ist, weil man dem Säkularisierungstrend dadurch näher käme.

Hier stoßen wir auf den Kern des Problems. Die Wahrnehmung Spinozas ist seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert konstant geblieben. Auch wenn wir gerne vorgeben, auf dem neuesten Stand der Wissenschaft zu sein, sind wir tatsächlich einem Klischee gefolgt, das die theologische Orthodoxie nach 1670 als Spur für willige Nachfolger vorgegeben hatte. Spinoza gilt seither als «gottlos».⁸ War das Urteil der «Gottlosigkeit» zunächst ein Verdammungsurteil, mutierte es im säkularisierten 19. Jahrhundert zum Qualifikationsmerkmal. Das totalisierende Säkularisierungsverständnis einer bürgerlich-liberalen wie auch einer marxistisch-materialistischen Betrachtungsweise beförderte Spinoza damit zu einem «Vorzeigeobjekt» des Empirismus, Naturalismus, Materialismus oder Liberalismus, je nach gesellschaftspolitischem und wissenschaftlichem Standort der Interpreten. Auch wenn Spinoza einer der wirklich großen Philosophen war und ist, und zwar in Wort wie in der Tat, so möchte ich ihn trotzdem nur als Mensch des 17. Jahrhunderts verstehen, der in seiner Zeit dachte und arbeitete. Spinozas Anschauung des Verhältnisses von Gott, Welt und Mensch bedeutete keine Innovation. Das behauptete selbst er nicht. Auch die Mystik des 17. Jahrhunderts kannte – wie Spinoza – ein diesseitiges Gottes- und Selbstverständnis.⁹ Auch ihr gesellschaftspolitisches Anliegen lässt sich mit demjenigen Spinozas vergleichen.¹⁰

Wenn wir Spinozas Grundhaltung mit derjenigen der christlichen Mystiker von Mitte des 17. Jahrhunderts also vergleichen, dann ist klar, dass es sich nicht um

W. Bartuschat (Hg.), Baruch de Spinoza, Werke in drei Bänden, Bd. 2, Hamburg 2012, XVI; ders., Spinoza über *libertas philosophandi* in Religion und Politik, in: IZEA-Vorträge 2, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2006, S. 5ff.

⁸ Eine Übersicht zum Atheismusvorwurf bei: E. Altkirch, Maledictus und Benedictus. Spinoza im Urteil des Volkes und der Geistigen bis auf Constantin Brunner, Leipzig 1924; M. Senn, Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. Eine historische Studie zum Rezeptionsdefizit des Spinozismus in der Rechtswissenschaft des deutschsprachigen Kulturraumes, Zürich/Basel/Genf 1991 (= Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, 22), S. 37; D. Pätzold, Spinoza – Aufklärung – Idealismus. Die Substanz der Moderne, Frankfurt a.M./Bern 1995 (= Philosophie und Geschichte der Wissenschaften, 29), S. 19ff.

⁹ Vgl. dazu schon W. Prümmer, Spinozas Religionsbegriff, Halle a.S. 1906 (= Abhandlungen zur Philosophie und ihrer Geschichte, 23), 21ff.; J. Freudenthal, Spinoza. Leben und Lehre [1899], Teil 2, C. Gebhardt (Hg.), Heidelberg 1927, S. 82.

¹⁰ M. Senn, Pietas und Vernunftrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verständnis des 17. und 18. Jahrhunderts sowie unserer Gegenwart, in: J. Eisfeld/M. Otto/L. Pahlow/M. Zwanzger (Hg.), Naturrecht und Staat in der Neuzeit. Diethelm Klippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 89ff.

eine strikte Beweisführung für einen zwingenden Kontext handelt. Doch auch die traditionelle Spinoza-Forschung «beweist» ja nicht strikt, sondern verweist an entscheidenden Stellen ihrer Interpretation öfters auf vermutete Zusammenhänge. Es geht daher vielmehr um die Öffnung von Perspektiven, welche die Richtung der allzu gewissen Interpretation vorzeichnen.

Jakob Böhme (1575–1624), Angelus Silesius (1624–1677) und Daniel Czepko (1605–1660) denken Gott so wenig personalistisch und transzendent wie Spinoza. Durch ihr verweltlichtes Verständnis der christlichen Lebenspraxis sollten die konfessionellen Barrieren von damals überwunden werden und – was sie damals zu Dissidenten in christlich traditionellen Kreisen machte – das religiös emanzipative Grundanliegen der Gottesverbindung des Menschen in den Mittelpunkt treten. Der Vorwurf, den sie dabei traf, war derselbe, den sich auch Spinoza einhandelte: zu weltlich, zu monistisch, zu unchristlich. Der älteren Spinoza-Forschung um Jakob Freudenthal war *diese* historische Kontextualisierung von Spinoza und den Mystikern noch bekannt, auch wenn im säkularen Wissenschaftsparadigma konsequent argumentiert wurde, dass sich, so Freudenthal, Spinoza vom Formelkram der Scholastik und der pantheistisch durchtränkten Mystik abgewandt und der strengen Methode der neueren Forschung zugewandt habe.¹¹ Man unterscheide daher genau: Es geht um die Methodenfrage, nicht um die Aussagesubstanz, so wie Spinoza selbst in TP (Tractatus Politicus) 2/15 eine fundamentale sozialpolitische Aussage der Spätscholastik ausdrücklich als zutreffend bestätigt hatte.

Doch dieses Wissen – präziser – Wissen wollen ging verloren oder es wurde im Zuge der Dominanz des säkularen Denkens behauptet, die Option dieses Kontexts sei sogar widerlegt. Dies erhellt, wie sich Wertungen bei der Einschätzung einer älteren oder neueren Forschungstradition grundsätzlich oder bei der Wahrnehmung der damaligen Mystik in Verbindung mit Spinoza im Besonderen auswirken. Daher lassen sich historisch parallele Bereiche wie die christliche Mystik oder die spinozistische Philosophie auch zusammen betrachten,¹² selbst wenn

¹¹ Freudenthal (FN 9) Teil 1, 44f., positiv jedoch: *ders.*, Teil 2, S. 82. Diese Hypothese wurde neuerdings auch durch eine Seminararbeit bestätigt, die von der Universität Zürich prämiert wurde (M. Hohl, Spinoza und die Mystik – Das Rechtsdenken Spinozas und seiner Zeitgenossen im Vergleich, Zürich 2012 [unveröffentlicht]).

¹² Ich denke, man sollte Spinozas drei Hauptregeln zur Schriftinterpretation des Kap. 7 des Theologisch-Politischen Traktats (TTP) befolgen, wonach man Eigenheit, Charakter und Gebrauch der Sprache eines Werkes kennen sollte, die sich «mit völliger Deutlichkeit aus ihrer Geschichte» ergeben (116:19–31) und die erst den eigentlichen Sinn eines Textes erkennen lassen (117:7ff.; Die Zitation der Textstellen richtet sich nach *Baruch de Spinoza*, Theologisch-Politischer Traktat, W. Bartuschat [Hg.], Baruch de Spinoza, Werke in drei Bänden, Bd. 2, Hamburg 1994/2006). So-

unser gegenwärtiges Verständnis dadurch irritiert wird.¹³ Deshalb stellt sich die entscheidende Frage: Worum geht es Spinoza grundlegend? Spinoza selber hat im 4. Kapitel des Theologisch-Politischen Traktats eine klare Antwort darauf gegeben: Ohne Gott kann nichts sein, noch begriffen werden.¹⁴ Denn ein jedes Ding schließe Gott auf seine Art in sich. Mit zunehmendem Verständnis der natürlichen Dinge wachse die Gotteserkenntnis (68:3–23). Diese Liebe zu Gott sei das wahre Ziel des Lebens (68:36–69:10). Weil erst aus der richtigen Erkenntnis von Gott und den Dingen, die ihn wiedergeben, sich auch frei und richtig handeln lasse (75:9–13). Als Verkörperung eines solch freien und richtig handelnden Menschen nennt Spinoza König Salomon (75:24–33), dessen Liebe zu Gott das Wissen darstelle, das die wahre Ethik und Politik enthalte (76:33–77:4). König Salomon dient somit als Vorbild von richtiger Erkenntnis und richtiger Handlungsweise. Dieser grundlegende Gedankengang selbst ist weder spezifisch jüdisch noch christlich, er ist auch im Islam – etwa im Sufismus¹⁵ – oder im asiatischen Kulturraum anzutreffen.¹⁶ Dennoch, es gibt einen deutlichen Bezug Spinozas zur christlichen Theologie.¹⁷ Spinoza sagt von Christus, dieser sei nicht

dann muss man die Aussagen nach deren Hauptgesichtspunkten ordnen, und schließlich hat die Sinndeutung eines Texts aus dem Leben, den Sitten und Interessen des Verfassers und seiner Zeit zu erfolgen (118:21–30). Also gehen wir mit Blick auf einen geschichtlich entstandenen Text, wie z. B. die Bibel, vor (119:20–31). Wieso sollte dies nicht auch für den Autor der *Ethica*, des TTP und TP (*Tractatus Politicus*) gelten? Man muss sich doch der spezifischen Form einer Natur nähern, meint der Autor ebenda: Die Natur ist im Sinne eines Ganzen und Allgemeinen zu erfassen und von da Schritt für Schritt zu verstehen.

¹³ Das Problem der Zeitgenossen bestand jedoch darin, vor dem Hintergrund der religiös-konfessionell motivierten sowie ökonomisch und machtpolitisch orientierten Kriege in England, Nord- und Mitteleuropa angesichts der Fragen betreffend Sicherheit und Stabilität der staatlichen Verhältnisse nicht nur ein äußerlich geschütztes, sondern insbesondere auch ein möglichst selbstbestimmtes geistiges, wissenschaftliches, religiöses und politisches Leben der Individuen im Verhältnis zum neuen absolutistischen Selbstverständnis der Obrigkeitsstaaten zu entwickeln und zu gewährleisten. Diese Frage versuchte unter anderen auch der niederländische Jurist Hugo Grotius bereits vierzig Jahre zuvor, also noch mitten im Dreißigjährigen Krieg, wenn auch im internationalen Kontext, mit seiner völkerrechtlichen Schrift «*De jure belli ac pacis*» (1625) zu beantworten. Es sollten Grundregeln und Rechtsverhältnisse entwickelt werden, die mit und auch ohne Gott in der Weise gelten (*praef.* No. 11), dass sich die Menschen im Rahmen eines Friedens physisch und psychisch entfalten können.

¹⁴ Spinoza, TTP 4:8–16.

¹⁵ M. Güneş Al-Gazālī und der Sufismus, Wiesbaden 2011 (= Arabisch-Islamische Welt in Tradition und Moderne, 8), S. 33ff. Mit Dank für den Literaturhinweis an Isabelle Schöner.

¹⁶ M. Senn, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie. Historische Fundamente der europäischen, nord-amerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechtsphilosophie. Eine Einführung mit Quellenmaterialien, Zürich/St. Gallen 2012, S. 191ff. Ferner *ders.*: Baruch de Spinoza (1632–1677), in: P. Mayer-Tasch/B. Mayerhofer (Hg.), Porträtgalerie der politischen Denker, Bern/Göttingen 2004, S. 160–165.

¹⁷ Matheron (FN 2), S. 8ff., 59ff., 86ff., 263ff.

einfach ein alttestamentarischer Prophet, sondern er sei vielmehr *der* Mund Gottes, durch den sich Gott selbst offenbare (73:10–11). Nimmt man die Lehrsätze des fünften Teils der *Ethica*¹⁸ – insbesondere die Sätze 22 bis 42 – hinzu, die im Aussagegehalt, wenn auch ohne biblischen Bezug, weitgehend dem Sinn des 4. Kapitels des TTP entsprechen, dann hat man insgesamt einen Textkorpus vor sich, welcher der christlichen Philosophie des Mittelalters eines Thomas von Aquin oder Johannes Duns Scotus nicht nachsteht.¹⁹

Doch es geht nicht um die Gleichsetzung oder Koppelung zweier Argumentationsebenen, die wissenschaftsgeschichtlich aus je anderen Bedingungen und in einer anderen Sprache gefertigt sind, sondern es geht darum, sich im Sinn des spinozistischen *caute* bewusster zu sein, *dass* und *wie* unser Denken und unsere Wahrnehmung immer auch wissenschaftsgeschichtlich konstituiert sind. Dass zum Beispiel ein Mystiker des 17. Jahrhunderts auch als Philosoph Geltung beanspruchen kann, hat kein Geringerer als Georg Wilhelm Friedrich Hegel gezeigt. In seiner Geschichtsphilosophie rechnet er sowohl Baruch de Spinoza als auch Jakob Böhme, den er als den ersten deutschen Philosophen betrachtet, zu den ersten Denkern der frühmodernen Philosophie.²⁰ Uns ist, so zu denken, qua Säkularisierungstheorem nicht (mehr) erlaubt, woraus auch zu folgen scheint, dass Hegel sich geirrt habe. Doch ist gerade diese Parallelisierung interessant, weil beide, Böhme wie Spinoza, als Pantheisten gedeutet werden.

Lassen Sie uns daher zunächst auf den Zentralbegriff «Gott» bei Spinoza und den Mystikern eingehen. Bei Spinoza ist «Gott» der Schlüsselbegriff zum Werk,²¹

¹⁸ Vgl. *Baruch de Spinoza*, Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt [1677], W. Bartuschat (Hg.), Baruch de Spinoza, Werke in drei Bänden, Bd. 1, Hamburg 1999, Teil 5, Vorwort, Lehrsätze 24–42, insb. 36 und 42 mit Anmerkungen (=E5Praef+P24–42).

¹⁹ Insofern es um die Liebe des Erkennenden zu Gott, aber auch um die Glückseligkeit geht, die der Erkennende dadurch erreicht und deshalb auch so «frei» wird, dass er nach den Regeln des Lebens richtig, das heißt wirkungsmächtig handeln kann. Dabei ließen sich durchaus Parallelen zu Kung-tse, Meng-tsi oder Gautama ausmachen (vgl. *Senn* [FN 16], S. 49f., 189ff., 204ff.). Doch diese erkenntnistheoretische Debatte um Voluntarismus und Intellektualismus, welche die Theologie und Philosophie seit dem hohen Mittelalter bis ins 20. Jahrhundert hinein beschäftigte, sei – so Spinoza ausdrücklich – in Bezug auf Gott bedeutungslos (TTP 71:19–35) oder eben eine geschichtlich bedingte, aber nicht die wirklich bedeutende.

²⁰ *G. W. F. Hegel*, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie. Dritter Teil: Neuere Philosophie, E. Moldenhauer/K. M. Michel (Hg.), G. W. F. Hegel, Werke, Bd. 20, Frankfurt a.M. 1971, S. 94, 157ff.

²¹ Vgl. dazu: *Samely* (FN 5), insb. S. 58–76. Doch Freiheit als solche ist einzig Gott selbst als der Urgrund aller Existenz und aller Selbstbestimmung. Insofern Gott selbst nichts als die Freiheit schlechthin verkörpert, jedoch zugleich auch das Reich aller menschlichen Notwendigkeit bedingt, kann er nach E5P36S denkend als die Option aller individuellen Kreativität innerhalb der Immanenz begriffen werden. Da solche Erkenntnis den Menschen stets als eine Modalität der

entstehungsgeschichtlich wie systematisch. Was aber ist *dieser* Gott bei Spinoza? Gemäss einer weit verbreiteten Auffassung in der Wissenschaft fällt der Gottesbegriff Spinozas – *deus sive natura* – mit dem Naturbegriff²² zusammen.

Wenn dem aber so wäre, dass die Begriffe zusammenfielen, dann würde Spinoza eben just im Sinn der theologischen Orthodoxie des ausgehenden 17. Jahrhunderts auch weiterhin als «Gottloser» verstanden. Im besseren Fall träfen wir uns mit dieser Gleichungsthese etwa mit Paul Thiry d'Holbach und Julien Offray de La Mettrie, die Mitte des 18. Jahrhunderts die Identifikation der Begriffe Gott und Natur auf epistemischer Ebene erst bewusst geschaffen haben.²³ Und folgen wir der deutschen Überlieferung gemäss dem Pantheismus-Streit, dann kann Spinoza als antikisierend religiös – so etwa Goethe – gesehen werden.²⁴ Dabei handelt es sich jedoch um ein materialistisches oder positivistisches Verständnis, das der Formel *deus seu* (oder: *sive*) *natura* unterlegt und wodurch das alternative *sive* zum *egaliter* umgedeutet wird. Dadurch wird ein «Clash» der Begriffe herbeigeführt, in deren Lesart sich die Natur gewissermaßen den Gottesbegriff einverleibt hat. Man könnte also spöttisch von einer neuen Version der Transsubstantiationslehre sprechen. Ich erkenne freilich nicht, dass gerade dieses Clash-Theorem wirkungsgeschichtlich mächtig war und noch ist, und dass es deshalb auch das einende Band aller heterogenen Interpretationsansätze der modernen

Notwendigkeit und Freiheit Gottes ausweist, an der der Mensch denkend teilhaftig sein kann, wird er zugleich auch ein Stück weit freier, und insoweit er diese Wechselwirkung von Freiheit und Notwendigkeit im eigenen Leben zu erkennen beginnt, muss ihm im Sinne der *libertas philosophandi* auch seine private *pietas* im Staat gewährt werden, weil jeder *seine* Erkenntnis Gottes für sich auch selber erarbeiten muss. Der Staat regelt nur die Kultusfreiheit, um diesen Bereich konfliktfrei zu halten. Die disziplinäre Trennung und die gleichzeitige funktionale Verbindung von Theologie und Politik mit Blick auf die Bewältigung des Lebens erhalten dadurch eine positive Wendung im staatlichen wie gesellschaftlichen Leben.

²² Spinoza argumentiert wie folgt: Das Leben hat seine eigene Gesetzmäßigkeit, auf die sich der Mensch, weil er selbst Natur ist, einzustellen hat, will er sich selbst erhalten und entwickeln, auch wenn er sich über sie erhaben glaubt. Das menschliche Drama spielt sich genau auf dieser Ebene ab: Was kann er wirklich und was bildet er sich nur ein, tun zu können. Des Menschen eigene Selbstbestimmung hat Grenzen. Er ist der Natur gänzlich unterworfen und daher durch sie bestimmt. Soweit er diese Unterworfenheit in ihrer Funktion erkennt, begreift er auch das Verhältnis von Notwendigkeit und Freiheit, dem er immer unterliegt. Erst durch diese Erkenntnis kann er sich mittels seines Intellekts ein Stück weit selbst bestimmen und somit «seine begrenzte Freiheit» generieren (E2P40S2+E3P6+E4P18S+E4P25; TP 3/18; TTP 3:51; TTP 7:119).

²³ Vgl. dazu aufschlussreich: K. Hartbecke, Zur Geschichte des Modusbegriffs. Suarèz – Descartes – Spinoza – Holbach, in: R. Schnepf et al. (Hg.), Spinoza and Late Scholasticism, Würzburg 2008 [= Studia Spinozana, 16], S. 19–40, insb. 35; T. L. S. Sprigge, Is Spinozism a Religion?, in: Studia Spinozana 11 (1995), S. 137–163, insb. S. 139.

²⁴ H. Scholz, Einleitung, in: ders. (Hg.), Die Hauptschriften zum Pantheismusstreit zwischen Jacobi und Mendelssohn, Berlin 1916, S. XIIIff.

Spinoza-Forschung geworden ist, gleichviel, welcher wissenschafts- oder insbesondere gesellschaftstheoretischen Position diese zuneigen.²⁵

Wie wenig eine solche Gleichsetzung von Gott und Natur indessen dem Text selbst entspricht, erhellt alleine ein Blick in den fünften Teil der *Ethica*, wo Spinoza verschiedene Begriffe der «Natur», nämlich die des Menschen, des Geistes und Gottes unterscheidet (vgl. E5P37–39 mit Beweisen, Anmerkungen).²⁶ Gott und Natur sind bei Spinoza daher je nach Aussageebene unterschieden. Die vorerwähnte Vermengung der Begriffe kann allerdings auf Spinozas «versachlichten Gottesbegriff» zurückgeführt werden, insofern er Wunderglauben und Anthropomorphismus in der Gottesvorstellung beseitigen will,²⁷ und zwar nicht

²⁵ Für die Richtigkeit der Clash-These werden oft Textstellen aus Briefen von oder an Spinoza angeführt, etwa das längere Schreiben von van Velthuysen vom 24. Januar 1671 (*Baruch de Spinoza*, Briefwechsel, C. Gebhardt/M. Walther (Hg.), Baruch de Spinoza, Sämtliche Werke, Bd. 6, Hamburg 3. Aufl. 1986 (= Philosophische Bibliothek, 96 a), Brief Nr. 42, S. 177ff.). Van Velthuysen wollte Spinozas Meinung in Bezug auf den anonym erschienenen TTP erfahren. Spinoza gab sich nicht als Autor des TTP zu erkennen. Er erklärte eine gewisse Übereinstimmung, doch keine Deckungsgleichheit der beiden Begriffe im TTP. Bis heute gilt Spinoza jedoch als einer der Wegbereiter, wenn nicht gar als Scharfmacher der Säkularisierung. Nach meinem Wissen hat einzig Winfried Schröder vor 25 Jahren konstatiert, Spinoza sei in der Frühaufklärung kein Bahnbrecher gewesen (*W. Schröder*, Spinoza in der deutschen Frühaufklärung, Würzburg 1987 [= Epistemata. Reihe Philosophie, 34], S. 10f.). Wenn ich dies recht beurteile, dann hat das noch zu Lebzeiten Spinozas gefasste theologisch-kirchliche Verdikt betreffend seine Gottlosigkeit mit dem Paradigma der Klassiker der deutschen Literatur, die Spinoza als Pantheisten vor Augen hatten, somit zu einer unkritischen Rezeption geführt. Auf einen Nenner gebracht: Spinoza stiftete nicht einfach einen Zusammenhang zwischen Gott und Natur, der ein grundsätzliches Thema der zeitgenössischen Diskussion unter Intellektuellen war, sondern die Natur hatte sich vielmehr Gott geradezu materialistisch einverleibt. Auch die neuere Spinoza-Forschung bleibt diesem Grundverständnis verpflichtet, so heterogen und offen sie sonst mit divergierenden Modellen zu Gesellschaft und Wissenschaft umgeht. Der Ursprungstopos der Äquivalenz von *Deus seu (sive) Natura* gilt ihr wie ein Fixstern der totalen Säkularisierung. Dass Spinoza indes auch anders gelesen werden könnte, haben der soeben erwähnte Winfried Schröder (1987) dargelegt, oder Alex Samely (FN 5), der 1993 die Nähe der spinozistischen Philosophie zum katholischen Gottesverständnis aufzuzeigen suchte; ferner R. Schnepf, Metaphysik im ersten Teil der Ethik Spinozas, Würzburg 1996 (= Schriften der Spinoza-Gesellschaft, 4). 2006 hat der renommierte Spinozaforscher Wolfgang Bartuschat die Funktion der *libertas philosophandi* im Verhältnis zur *libertas dicendi* in der Religion untersucht und gezeigt, dass die Autonomie des Individuums die Meinungsfreiheit voraussetzt und eine Einschränkung derselben auch die *pietas* aufhobe (*Bartuschat*, Spinoza über *libertas philosophandi* [FN 7], S. 10ff.).

²⁶ In den letzten drei Lehrsätzen bilden Geist und Gott das ebenso finale wie zentrale Thema menschlicher Glückseligkeit (E5P42D). Von Natur ist aber nicht mehr die Rede, weil sie jenen realen Corpus der Affekte umfasst, den der Autor im vierten Teil bereits hinter sich gelassen hat, und worauf er im Lehrsatz 39 des fünften Teils – im Sinne des vierten Teils – letztmals rekurriert.

²⁷ *Spinoza* (FN 25), S. 219. Brief Nr. 54. Brief an Hugo Boxel betreffend die anthropomorphe Gottesvorstellung.

nur, weil diese theoretisch falsche Erkenntnisse erzeugen, sondern weil sie zu konfliktträchtigen Missverständnissen führ(t)en und die Leute sich deswegen die Köpfe einschlugen, statt sie zum offenen, aufrichtigen und ehrlichen Denken zu nutzen – eine Motivation des Schreibens, die wir auch von Grotius her kennen.²⁸

Spinoza denkt Gott nicht im Sinn einer theologisch-konfessionellen Tradition als quasi-menschliche Person, somit auch nicht als Schöpfer, der hinter allem steht, sondern versachlicht mit diesem Begriff *die* nicht hintergehbare Macht oder Ursache von allem, was *da* ist, und die zugleich auch die einzige Ursache ihrer selbst ist (E1P25Sch). Gott ist Notwendigkeit und Freiheit in einem, wie er Existenz und Essenz von allem ist (E1P34). Die Natur ist deswegen nicht identisch mit Gott im Sinn des Clash-Theorems, sondern sie ist der für uns Menschen sicht-, erkenn- und verstehbare Ausdruck der *potentia* Gottes.

Wir verstehen heute die Welt durch kausalgesetzliche und somit durch äußere, quasi-mechanische Zusammenhänge. Das nennen wir «rational», ganz im Sinn der «Entzauberungsthese» der Moderne, die Max Weber formulierte.²⁹ Solch profanes Denken kann sich die Idee einer Präsenz Gottes im Hier und Jetzt nicht mehr leisten, ja es darf eine solche Vorstellung gar nicht erst hegen, will es wissenschaftlich als seriös gelten. Also richtet sich unser Denken und Verstehen vollständig nach einer äußeren Natur- und Kausalgesetzlichkeit, die selbstgenügsam auszureichen hat. Eben diese Sichtweise versperrt uns aber den unbefangenen – hier im Kontext – den historischen Zugang zur Thematik «Spinoza und die christliche Mystik». Daher ist vorliegend auch nicht die Konfessionalisierungsfrage zentral, sondern das grundlegendere Verhältnis von Welt- und Religionsauffassung beziehungsweise die Frage der Wissenschaftlichkeit im Spannungsfeld von Philosophie und Theologie.

Aus diesem Grund ist ein Problemaufriss und Exkurs zur Säkularisierungsthese als methodologisches Problem angezeigt. Die wissenschaftliche Denkweise hat die Wirklichkeitssicht im Sinn der Säkularisierungsthese gewiss ernüchtert, doch gleichzeitig hat sie den Begriff der «Säkularisierung» auch wieder verzaubert und damit zu einem magischen Wort gemacht, das als Theorem eines impliziten Konsenses in den europäischen Wissenschaften fungiert. Die Säkularisierung wurde somit – im Namen der Wissenschaft – «heilig gesprochen». Doch der Parameter der «Säkularisierung», der bislang sowohl als Gütesiegel für die Progressivität des

²⁸ Grotius (FN 13), praef. No. 28.

²⁹ M. Weber, *Wissenschaft als Beruf* [1917/1919], W. J. Mommsen/W. Schluchter (Hg.), MWG, Bd. I/17, Tübingen 1992, S. 92ff.

Denkens wie auch für den gesellschaftlichen Fortschritt stand, wird gegenwärtig selbst zum Problem.

Nachdem bereits in den 1960er Jahren etwa Reinhold Niebuhr aus der Sicht der nordamerikanischen Praxis,³⁰ und Hermann Lübbe sowie Hans Blumenberg aus der Sicht der zurückhaltenden Konservativen den Säkularisierungsbegriff hinterfragten,³¹ ist das wissenschaftliche Säkularisierungsverständnis heute vollends im Status des Selbstzweifels angelangt. Unlängst hat Detlev Pollack,³² der für ein kritisch vertieftes Verständnis der Säkularisierung eintritt, daher gefordert, den Begriff der Säkularisierung selbst auf dessen wirkungsgeschichtliche Implikationen hin zu analysieren, statt damit Ideologiekritik zu betreiben, die selbst nur zur ideologischen Wahrnehmung werde. Eine breitere Debatte dazu wurde auch von Peter Blickle und Rudolf Schlögl 2005 sowie von Matthias Pohlig und einem Herausgeberteam 2008 geführt.³³ Die Säkularisierungsthese lässt sich somit nicht mehr ohne Weiteres als das Markenzeichen für Gewissheit und Güte der Wissenschaftlichkeit sehen, sondern – ich provoziere – eher als ein Symbol des Grades der Engführung des Denkens und der Wissenschaftsgläubigkeit. Bedeutete der Ausdruck der «Säkularisierung» bis anhin Entzug wie Verlust des religiösen, insbesondere kirchlichen Bezugs eines Themas und gleichzeitig dessen Ersatz durch eine profane und positivistische Sicht der Dinge, so ginge es jetzt um die Feststellung einer differenzierten Form der Akkulturation von «theologischen» Begriffen ins weltliche Denkprogramm, freilich ohne das Chamäleon Carl Schmitt mit seiner «politischen Theologie» hierfür zu bemühen.³⁴

³⁰ R. Niebuhr, Frömmigkeit und Säkularisation, Gütersloh 1962, S. 7ff.

³¹ H. Lübbe, Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs, München 1965; H. Blumenberg, Legitimität der Neuzeit, Frankfurt a.M. 1966.

³² D. Pollack, Historische Analyse statt Ideologiekritik. Eine historisch-kritische Diskussion über die Gültigkeit der Säkularisierungstheorie, in: Geschichte und Gesellschaft 37 (2011), S. 482–522.

³³ Wie dies im Band «Säkularisierungen in der Frühen Neuzeit. Methodische Probleme und empirische Fallstudien», Berlin 2008, des Herausgeberteams mit M. Pohlig/U. Lotz-Heumann/V. Isaiasz /R. Schilling/H. Bock/S. Ehrenpreis zum Ausdruck gelangt. Zu den einzelnen verschriftlichten Anteilen der Herausgeber, aus deren gemeinsamer Diskussion die Themen geformt wurden, vgl. das Vorwort, S. 5. Für unser Thema ist die Einleitung von Interesse (Pohlig), S. 9–20, insb. 9–13, 17ff. sowie Abschnitt B.IV (von allen Herausgebern geschrieben), hier insb. S. 64–79. Vgl. ferner: P. Blickle/R. Schlögl (Hg.), Die Säkularisation im Prozess der Säkularisierung Europas, Pfendorf 2005, darin v.a. der glänzende Beitrag von P. Prodi, Konkurrierende Mächte. Verstaatlichung kirchlicher Macht und Verkirklichung der Politik, S. 21–36, insb. S. 25ff.

³⁴ S. Breuer, Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik, Berlin 2012, S. 26, 48 ff. 203ff.; M. Walther, Politische Theologie. Hans Kelsen und Carl Schmitt im Kampf um die Ent-(Re-)Mythologisierung des Staates, in: M. Walther (Hg.), Religion und Politik. Zu Theorie und Praxis des theologisch-politischen Komplexes, Baden-Baden 2004, S. 247–264; M. Schmoeckel, Staatslehre und Mythos bei Carl Schmitt und Thomas Hobbes, in: H. Nehl-

Somit gehen wir nun auch freier zurück zum Thema von Spinoza und den Mystikern des 17. Jahrhunderts. Selbst wenn der Einfluss Jakob Böhmes auf das 17. Jahrhundert kontrovers diskutiert werden kann, lassen sich Parallelen zu Spinoza nicht in Abrede stellen.³⁵ Denn auch nach Böhme ist «alles in Gott».³⁶ Böhme sieht die ganze Natur als wahren Lehrmeister. Von dieser Natur und ihrer «instehenden Geburt» habe er seine Philosophie. Danach fasst er Gott nicht nur als reinen Geist auf; vielmehr zeigt sich Gott den Menschen – ähnlich wie bei Spinoza – durch die «ewige Natur» als lebendiger Ausdruck des Geistes, der sich als die göttliche Kraft gebären wolle. Die Natur sei somit der Leib Gottes. Der sprachliche Duktus lässt sich zwar nicht mit demjenigen Spinozas vergleichen, doch inhaltlich veranschaulicht der Gedankengang eine verblüffende Ähnlichkeit.

Ähnliches lässt sich auch von zwei anderen bedeutenden Mystikern der Mitte des 17. Jahrhunderts feststellen. So etwa schreibt Daniel Czepko³⁷ in seinen Epigrammen, die kurz vor Spinozas Werk entstanden sind: «*Schau alle Ding in Gott und Gott in allen an, Du siehst, dass alles sich in ihm vergleichen kann.*»³⁸ Und bei Johannes Scheffler, alias Angelus Silesius³⁹, der von Czepko beeinflusst war, lesen wir: «*Gott wohnt in einem Licht, zu dem die Bahn gebricht. Wer es nicht*

sen/G. Brun (Hg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, Frankfurt a.M. 1996 (= Rechtshistorische Reihe, 156), S. 144; *D. Puskás*, Einzelner – Menschheit – Volk. Zentrale Rechtsbegriffe im Werk von Carl Schmitt bis 1928. Eine rechtsphilosophische Untersuchung. Zürich/Basel/Genf 2014 (= Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 9).

³⁵ «Wan du ansiehst die tieffe und die Sternen und die Erden/so siehestu deinen Gott/und in demselben lebest und bistu auch/und derselbe Gott regieret dich auch/und auss demselben Gott hastu auch deine sinnen/und bist eine Creatur auss ihme und in ihme/sonst wehrestu nichts.» Aus: *J. Böhme*, Morgen-Roete im Aufgangk, F. van Ingen (Hg.), Werke, Frankfurt a.M. 1997 (= Bibliothek der frühen Neuzeit. Abt. 2, Literatur im Zeitalter des Barock, 6), S. 422. Störig erkennt in Böhmes Mystik eine Verwandtschaft zur indischen Mystik (*H. J. Störig*, Kleine Weltgeschichte der Philosophie, Frankfurt a.M., 13. überarb. Aufl. 1991, S. 309f.). In dieser Terminologie wird das Einssein von Gott und Seele folgendermaßen formuliert: Die Welt ist Brahman und Brahman und Atman sind identisch.

³⁶ Dabei geht es nicht darum, einen realen Kontext zu bilden, sondern eine Parallelität aufzuzeigen (a.M. *E. Achermann*, Fromme Irrlehren, in: W. Kühlmann/F. Vollhardt [Hg.], Offenbarung und Episteme. Zur europäischen Wirkung Jakob Böhmes im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 2012 [= Frühe Neuzeit, 173], S. 343).

³⁷ Daniel Czepko von Reigersfeld studierte Medizin und Jura. Er stand im Dienst des Markgrafen von Baden und war Jurist am Reichskammergericht in Speyer.

³⁸ *D. Czepko*, Deutsche Gedichte, H.-G. Roloff/M. Szyrocki (Hg.), Sämtliche Werke, Bd. II/2, Berlin 1997 (= Ausgaben deutscher Literatur des XV. bis XVIII. Jahrhunderts, 152), S. 546.

³⁹ Johannes Scheffler nannte sich nach seiner Konversion zum Katholizismus 1653 Angelus Silesius. Studium der Medizin und des Staatsrechts in Straßburg. Seine durch die Mystik beeinflussten Epigramme gehören zu den bedeutendsten Werken der Barockliteratur.

selber wird, der sieht Ihn ewig nicht»⁴⁰, sowie «*Halt an, wo läufst du hin, der Himmel ist in dir: Suchst du Gott anderswo, du fehlst ihn für und für*»⁴¹. Ähnlich wie bei diesen Mystikern ist Gott im Menschen ein Teilstück der Natur, so wie Spinoza in E4P35S in Anlehnung an einen zeitgenössischen Topos sagt: Der Mensch sei dem Menschen ein Gott. In diesen säkularisierenden Kontext der Religion gehört auch das berühmte Epigramm von Silesius, wonach der Christ im Hier und Jetzt zu blühen habe oder sonst tot bleibe.⁴² Ich meine, man soll die spezifische Tradition eines christlichen Gottesbildes deswegen nicht verwischen, aber umgekehrt sollte man doch auch den zeitgenössischen Kontext sehen und das Bemühen beider Seiten, der Mystiker wie Spinozas, verstehen wollen, eine möglichst diesseitige Begrifflichkeit des guten und richtigen Lebens zu entwickeln, die sich dem seinerzeitigen Fanatismus und Konfessionalismus nicht nur entzog, sondern sich ihm entgegenstellte und damit die Freiheit des Denkens, des Glaubens sowie des Sich-Äußerns gegen jegliche institutionelle Inanspruchnahme eines Interpretationsmonopols durch die Kirchen behauptete.

Nun wird auch im Sinn des Beispiels von Salomon (TTP 4:76 f.) deutlich, dass nach Spinoza nicht nur ein durch Vernunft, sondern auch ein durch Religion geleitetes Leben zu innerem und äußerem Frieden und somit zu menschlicher Glückseligkeit führen kann. Der Zusammenhang von *libertas philosophandi*, *pax* und *pietas* besteht daher in der größtmöglichen Entwicklungsoption des «geistig-seelischen» Lebens der Menschen (E4A5; TP 5/5) und nicht bloss in der äußeren Sicherung, die ein Staat für das Leben des Menschen bietet, was das spezifische Problem eines Thomas Hobbes war. Darum wird noch im zweitletzten Lehrsatz der *Ethica* die *pietas* als das «wichtigste Gut» bezeichnet.⁴³

Auch ist die *libertas philosophandi* keine Erfindung Spinozas. Sie ist vielmehr ein stehender Ausdruck seit Beginn des 17. Jahrhunderts, als die katholische Kirche ihren Prozess gegen Galilei in den 1620er Jahren intensiviert hatte.⁴⁴ Er ge-

⁴⁰ Silesius (FN 6), I/72, S. 21.

⁴¹ Ders. (FN 6), I/82, S. 22.

⁴² Silesius (FN 6), III/90, S. 111.

⁴³ Dies hängt mit Spinozas Verständnis zusammen, dass Religion wie Vernunftkenntnis – je auf ihre Weise – zu einem salomonisch gelingenden Leben beitragen können (E4P73S; E5P41), sofern sie auf die wahre Gotteserkenntnis ausgerichtet sind. Daher kann es keinen rationalen (oder wahrhaften) Staat ohne Respekt vor der Pietät je geben, so wenig es eine wahrhafte *pietas* oder eine dauerhafte *pax* im Staat gibt ohne die *libertas philosophandi*, sei dieser Staat die niederländische Republik des ökonomisch prosperierenden Großbürgertums oder der konfessionelle Obrigkeitsstaat Mitteleuropas.

⁴⁴ Vgl. dazu: K. Zenker, *Denkfreiheit. Libertas philosophandi in der deutschen Aufklärung*, Hamburg 2012. Nach einer kursorischen Betrachtung zur Entwicklung der *libertas philosophandi* im

hört somit in den theologisch-politischen Kontext. Deshalb erscheint der Ausdruck im selben Zusammenhang gute zwanzig Jahre vor Spinoza auch beim Juristen und Mystiker Czepko. Aufmerksamkeit verdient dabei seine dreiseitige Schrift mit dem Titel «Deo & Patriae» von 1649.⁴⁵ Adressat ist der Kaiser, Streitpunkt bildet die Rekatholisierung von Städten nach dem Westfälischen Frieden.⁴⁶ Czepko verteidigt darin die Freiheit des privaten Glaubensbekenntnis-

Europa des 17. Jahrhunderts beginnt Zenker mit Luther im (sic!) Deutschen Reich – obschon dieser zur geistlich intellektuellen Befreiung nichts Wesentliches beigetragen habe (S. 29, 36 f.) – und führt über Ramus, Descartes und Spinoza zu Thomasius und Wolff als dem Zentrum deutscher Aufklärung. Doch diese nationalisierte Betrachtungsweise deutscher Aufklärung ist im Verhältnis zu den grundlegenden Einflüssen aus den Niederlanden, Frankreich und England zeitlich eine Folgeerscheinung, die geringere gesamteuropäische Auswirkungen erzeugte. Die nachfolgenden Autoren – die ersten drei werden bei Zenker ebenfalls erwähnt – hatten einen bedeutenden Wirkungskreis:

Petrus (Pierre) Gassendi (1592–1655), *Exercitationes paradoxicae adversus Aristoteleos* [1624], Amsterdam 1649, S. 32 f.: «quin illi ita sint mancipati Aristotelicae disciplinae, ut rem pretiosissimam libertatem philosophandi penitus amiserint?», «qua ratione, & ipsi quoque illud jactitent, liberum esse debere unicuique philosophari.» Gassendi bestritt die Ansicht von Aristoteles und Descartes und beanspruchte die Freiheit der naturwissenschaftlichen Untersuchung im Sinne eines epikureischen Ansatzes.

Den cartesianischen Ansatz als Weiterentwicklung des Aristoteles betonend, verfasste der Leidener Philosoph und Schüler Descartes' *Johannes De Raey* (1622–1702), *Clavis philosophiae naturalis. Seu introductio ad naturae contemplationem, Aristotelico-Cartesia*, Leiden 1654, worin sich der Ausdruck der *libertas* mehrfach wiederfindet: «ac libere philosophandi» (epistola dedicatoria, S. 1); «atque etiam ab alienae auctoritatis servitute libera, libere, hoc est, ex propriae puraeque rationis tantum praescriptio philosophari, nemini in mentem veniebat» (S. 8); «philosophandi libertatem asserere» (S. 11); «cum ipsa Reip(ublicae) libertate nata atq(ue) educata Academia philosophiam docent» (S. 16); «sed in hoc forte recessi a multis aliis philosophandi libertatem mecum professis» (S. 17).

Nathanel Carpenter (1589–ca. 1628), *Philosophia libera triplici exercitationum decade proposita*, Frankfurt 1621.

Johannes Phocylides Holwarda (1618–1651), *Philosophia Naturalis, seu Physica vetus-nova*, Frankfurt 1651: «Socraticam philosophandi libertatem naturalem», praef. 2.

Agostino Nifo (ca. 1473–ca. 1538), *Augustini Niphi sua tempestate philosophi omnium celeberrimi Opuscula moralia et politica cum Gabrielis Naudaei de eodem auctore judicio*, Paris 1645: «ad liberè philosophandum» (S. 9); «nec est verum quod vera vivendi libertas sit liberè philosophari. Quoniam si recta ratio nos ad philosophandum non moverit, in philosophando non erit vera vivendi libertas. Monet autem semper recta ratio ut nos Deum diligamus [...]» (S. 25).

Ferner: *P. L. Hanneken*, *Insulsa salsaque philosophandi libertas*, Giessen 1667.

⁴⁵ *D. Czepko*, *Deo et patriae* [1649], H.-G. Roloff/M. Szyrocki (Hg.), *Sämtliche Werke*, Bd. 4, Berlin 1980 (= Ausgaben deutscher Literatur des XV. bis XVIII. Jahrhunderts), S. 3–24. Es geht um «unverfängliches bedencken, warumb das Exercitium der augspurgischen Confession den Städten dieser Fürstenthümer zuzulassen» sei (S. 3). Die Schrift – *Czepko* nennt sie ein Gutachten – datiert vom 5. März 1649.

⁴⁶ Ab 1522 breitete sich in Schweidnitz, wo Czepko später auch lebte, die Reformation aus. Mitte des 16. Jh. war Schweidnitz nach Breslau der zweitbedeutendste regionale Wirtschaftsstandort. 1580 erhielt die Stadt das Privileg der freien Ratswahl. Zum wirtschaftlichen Niedergang kam es

ses. Er argumentiert mit der *animi libertas*⁴⁷ im Sinn einer emotionslosen Entscheidung von Grundfragen im Kontext von Religion und Staat, worin sich eine allgemeine Nützlichkeit ergebe und ein glückliches Leben aller. Danach seien menschliche Satzungen auszurichten. Diese Aussagen nehmen Spinoza (TP 6/1) vorweg. Die allgemeine Wohlfahrt müsse daher auf Gott und die Gerechtigkeit ausgerichtet sein, und alles, was wider die *animi libertatem, utilitatem publicam und ipsam pietatem et iustitiam* angeführt oder ausgedeutet werden möchte, solle verworfen und kassiert werden.⁴⁸ Czepkos Werke⁴⁹ wurden zum größeren Teil jedoch erst nach 1930 erfasst und nur teilweise verlegt. Eine kritische Edition ist seit Kurzem im Erscheinen. Dies heißt auch, dass ein Vergleich zwischen den beiden Autoren erst seit relativ kurzer Zeit möglich ist. Wie bei Spinoza steht der Ausdruck der Frömmigkeit (*pietas*) auch bei Johannes Scheffler (Angelus Silesius) im Kontext von «frei und gerecht»⁵⁰, was dem christlichen Menschen als «neuer Kreatur» sogar eine sozialrevolutionäre Note gibt.⁵¹ Aus der Gegebenheit solcher parallelen Erscheinungen lässt sich allerdings wenig ableiten. Sie bedürfen stets auch der Einordnung. Dies wirft die Frage auf, nach welchen Kriterien und Kategorien eine bestimmte Ordnung hergestellt wird.

während des Dreißigjährigen Krieges, als die Stadt für die Verpflegung der einquartierten Soldaten aufkommen musste. Nach dem Krieg war die Stadt größtenteils zerstört und entvölkert. Mit der Rekatholisierung kehrten die Dominikaner und Franziskaner zurück; die Jesuiten errichteten ein Kollegiatsgebäude.

⁴⁷ Czepko (FN 45), S. 3 f.

⁴⁸ Czepko (FN 45), S. 4. Zur Begründung führt Czepko aus, dass erzwungene Frömmigkeit sinnlos sei und nur zu Rebellion führe, insofern die Wirtschaft nach dem Krieg ohnehin zusammengebrochen sei und die Leute nach dreißig Jahren Drangsal einfach genug hätten. Es könne folglich nicht im kaiserlichen Interesse sein, diese Städte nun noch völlig in den Ruin zu treiben. Dies wäre gegen die Hl. Schrift, das Konzil, die Kirchenlehre, das Naturrecht, die Religion und die guten Sitten, aber auch wider das Wohlergehen der *res publica*, wenn zwar gesagt werden könnte, man habe für ein gutes Ziel gehandelt, dabei jedoch Gottlosigkeit, Rebellion und Verachtung Tür und Tor geöffnet werde (vgl. S. 8–19).

⁴⁹ Czepko war einer der bedeutendsten Schriftsteller des 17. Jahrhunderts. Seine wichtigsten Werke sind das moral-didaktische Schäfer-Epos «Corydon und Phyllis», in welchem Czepko eine scharfe Hofkritik formulierte sowie die mystisch-spirituelle Sinngedichtsammlung «Sexcenta Monodisticha Sapientium», die als Vorläuferin des «Cherubinischen Wandersmann» von Angelus Silesius gilt. Darin werden naturphilosophische Ansichten geäußert, die einen eigenständigen Eklektizismus der mystischen Vorstellungen von Paracelsus, Meister Eckhart und Jakob Böhme bilden. Aus Furcht vor der Zensur wurde die Mehrzahl seiner Schriften zu Lebzeiten nicht gedruckt (vgl. H.-G. Roloff, Czepko, Daniel, in: H. D. Betz et al. [Hg.], Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, Bd. 2, Tübingen, 4. Aufl. 2008, Sp. 512 f.)

⁵⁰ Vgl. Silesius (FN 6), II/126, S. 74.

⁵¹ Vgl. ders. (FN. 6), V/208, S. 206.

In Bezug auf die Forschungen zum 17. Jahrhundert halte ich somit folgendes fest:

1. Inskünftig sollten die Interpretationen offener – vielleicht auch gelassener – geführt werden, denn sie stellen offensichtlich kaum je das Ganze dar. Insbesondere sollte nicht nur der Nachweis oder Ausschluss von konkreten Einflussnahmen im Vordergrund stehen, sondern vielmehr unbedingt auch *unsere* Wahrnehmung der historischen Komplexität und *unser* legitimes Bedürfnis auf Reduktion der Fülle aufgrund *unserer* geschichtlich bedingten Kategorien und Kriterien.
2. Die naturwissenschaftlich-philosophische Debatte zur Forschungsfreiheit, die sich um den Fall des Galilei in den 1620er Jahren zugespitzt hatte,⁵² und die fortan unter den Aspekten der Autonomie des Denkens und dessen geometrisch-methodologischer Selbstvergewisserung geführt wurden, stellten die entscheidende Innovation im 17. Jahrhundert dar.
3. Die Zurückweisung des Interpretationsmonopols der konfessionell institutionalisierten Religionsverwalter fand in einem intensivierten theologisch-politischen Diskurs durch verschiedene intellektuelle Zeitgenossen statt. Dadurch wurden zunehmend säkulare Denkweisen des Politischen und des Rechtlichen in Staat und Gesellschaft ausgebildet und tradiert.
4. Unter die Kategorie der intellektuellen Zeitgenossen können und dürfen nicht nur die säkular denkenden Philosophen gerechnet werden, sondern auch die säkular denkenden Mystiker gehören dazu.
5. Ebenfalls wurde ein spezifischer Diskurs betreffend einen versachlichten Gottesbegriff⁵³ sowie über die Freiheit des denkenden Christenmenschen⁵⁴ ge-

⁵² Beispielsweise bei *Thomas Campanella* (1568–1639), Dominikaner. *T. Campanella*, *Apologia pro Galileo, mathematico florentino*, Frankfurt 1622: «Si ergo libertas philosophandi plus viget in Christianismo [...]» (S. 27).

⁵³ Einen ähnlichen Ansatz findet sich schon bei Heinrich Cornelius Agrippa von Nettesheim (1486–1535). *H. C. Agrippa*, *De occulta philosophia libri tres* [1533], V. Perrone Compagni (Hg.), Leiden/New York/Köln 1992 (= *Studies in the History of Christian Thought*, XLVIII), III/36: «sicut Deus ipse infinitus est et a nullo potest compelli, sic et humanus animus liber est [...]», (S. 507 f.). Ferner bei *Pietro Bongo* (?–1601), *Numerorum Mysteria*, Bergamo: 4. Aufl. 1590, S. 274.

⁵⁴ Hier lässt sich die Entwicklung der *libertas philosophandi* aus dem religiösen «mittelalterlichen» Kontext beobachten (nicht zitiert in *Zenker* [FN 44]). *Johannes Driedo* (ca. 1480–1535), *De Libertate Christiana*, in: *Quartus tomus operum D(ocoris) Ioannis Driedonis* [1548], Leuven 1572: «liceat vivere secundum animi sui sententiam» (S. 1); «libertas secundum generalem nomine rationem, sunt rationalis naturae conditionem, secundum quam ipsa liberè vivit, prout libet seu

führt, in welchem die Frage nach der individuellen Pietät im Diesseits in den Vordergrund gestellt wurde.⁵⁵ Es wurde dabei mit zeitgenössischen Topoi, wie sie hernach auch Spinoza verwendete, gearbeitet.

6. Bei aller kritischen Distanz zu den Diskursen der Mystiker sollte meines Erachtens auch der Schlussteil der *Ethica* von Spinoza nicht nur in der Eigenart von Spinozas intellektualistischer Lesart der zeitgenössischen Themata von *libertas philosophandi*, *pax* und *pietas* und somit in Bezug auf den Referenzpunkt des versachlichten bzw. naturalisierten Gottesbegriffes gelesen werden, sondern bewusster in und aus der Vielfalt ihres historischen Umfeldes heraus, wie zum Beispiel der christlichen Mystik, und daher auch als ein Versuch betrachtet werden, die zeitgenössisch brennenden gesellschaftspolitischen Themen kritisch und in einer neuen Sprache zu erörtern. Dieser Vorschlag ist schon deshalb zulässig, weil das wissenschaftlich fundierte Säkularisierungstheorem, das uns bislang leitete, selbst problematisch ist.

Ich denke, dass gerade unsere heutige Wissensgesellschaft mit ihrer Neigung zur Anhäufung von enzyklopädischem Wissen gut daran täte, sich bewusster zu werden, wie Wissen entsteht und wie es selektioniert wird, und dass diese diversen

placet.» (S. 7); vgl. dazu: R. E. Lerner, *The Heresy of the Free Spirit in the Later Middle Ages*, Berkeley/Los Angeles/London 1972, S. 200.

⁵⁵ Was bedeutet der Begriff *pietas*? Nach einem Lateinwörterbuch: Frömmigkeit, kindliche Liebe, Pflichtgefühl, Milde. Wolfgang Bartuschat, einer der besten Kenner Spinozas, übersetzt den Begriff *pietas* zwar mit «Frömmigkeit», versteht diese kontextualisiert jedoch im Sinne von Moralität (vgl. FN 7), S. 24 ff. Dies entspricht der Interpretationsleitlinie, Spinoza folge dem säkularen Immanenzprinzip. Dies ist auch plausibel, weil diese Auffassung der *pietas* gewissermassen Kant zu antizipieren vermag, was im neukantianisch geprägten Selbstverständnis des deutschen Akademiker-Diskurses gut ankommt. Doch trifft diese Bedeutungszuschreibung nicht das Problem der Aussage und hebt dadurch den zeitgenössischen Zusammenhang aus. Jürgen Habermas hat dies auf den Punkt gebracht, als er zum philosophischen Diskurs der Moderne bemerkte: «Die Moderne kann und will ihre orientierenden Maßstäbe nicht mehr Vorbildern einer anderen Epoche entlehnen, sie muss ihre Normativität aus sich selbst schöpfen.» (J. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt a.M. 1985, S. 16). Ada Neschke hat dies 2012 eine «Aporie der Moderne» genannt und gezeigt, dass es unmöglich ist, sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen (A. Neschke-Hentschke, *Die Aporien der Moderne und die Weisheit der Alten*. Vortrag vom 14.4.2012, gehalten anlässlich des 36. Sokratischen Treffens in Würzburg. Ada Neschke ist am 9.7.2013 verstorben). Gewiss, Spinoza begründet die Moderne, ja, er kämpft entschieden für die Freiheit des Denkens, und Spinoza denkt konsequent nach dem Immanenzprinzip. Doch Spinoza ist deswegen nicht gegen Religion, sondern gegen eine historisch bestimmte Form von Theologiediskurs und religiöser Frömmigkeit, insofern Herrscher – in der Vorrede des TTP (S. 6), Feuerbach und Marx vorwegnehmend, wie er sagt, – die Menschen instrumentalisierten, sodass diese dann bereit seien, ihr Leben für die Interessen eines Herrschers im Krieg hinzugeben. Dies verträgt sich nicht mit dem Individualitätsprinzip Spinozas, das auf die wahre Gotteserkenntnis ausgerichtet ist.

und stillen Prozesse der Bildung und Strukturierung von Wissen selbst oft wirkungsmächtiger waren und sind, wie das nachrangige «besitzende» Wissen dies ausweist. Der Umgang mit den Aporien eines permanent kritischen Diskurses freilich stellt immer auch eine Belastung für die auf verwertbare Resultate ausgerichtete Wissenschaft dar. Die heikle Thematik des Säkularisierungstheorems selbst rechtfertigt es, dass ein gewisses Maß an reflexiver Irritation auch der Wissensgesellschaft zugemutet wird, damit wir nicht Gefangene oder Ausgeschlossene eines verengt geführten Diskurses der Nützlichkeit bleiben.

Vor diesem Hintergrund sollte das Verhältnis von Spinozas Lehre und der christlichen zeitgenössischen Mystik eines Böhme, Silesius und Czepko als ein weiterer, aber keineswegs ausschließlicher Zusammenhang, zu thematisieren sein.⁵⁶ Zugleich ist unsere Wahrnehmungsfähigkeit über den allzu engen Säkularisierungsbegriff hinaus im Sinne der historischen Gegebenheiten verstehend zu er-

⁵⁶ Meiner Darstellung würden niederländische Autoren wie Wim Klever oder Wiep van Bunge sicherlich widersprechen. Klever selbst zeichnet von Spinoza das bekannte Bild eines empirisch, beinahe mechanisch denkenden Naturalisten, wie er dieses etwa mit dem Rekurs auf eine bisher kaum bekannten Vorläufer Spinozas, nämlich dessen Lateinlehrer Franciscus van der Enden, ausführt (*W. N. A. Klever, A New Source of Spinozism. Franciscus van den Enden*, in: *Journal of the History of Philosophy*, 29 (1991) S. 613–631, insb. 614, 628, 630 und Anm. 14). Indessen ist Klevers Versuch einer an Details gebundenen Beweisführung, die an entscheidenden Stellen nicht eingelöst wird, insgesamt nicht überzeugend. Mehrfach argumentiert er auch assoziativ, wie dies ein Anwalt in einem Plädoyer tut (*ders.*, S. 624). Es wird z. B. nicht erklärt, weshalb zwischen der Textstelle von van den Enden und Spinoza ein Zusammenhang bestehen soll. Besteht dieser nur aus dem Grund, weil jener dessen Lateinlehrer war? Diese Hypothese hat etwas für sich und manche Textstellen lassen sich in der Tat vergleichen, aber sie beruhen auf der Annahme, dass beide atheistische Naturalisten seien (S. 615, 625, 628, 630) und es daher nicht anders sein könne. Und selbst wenn van den Enden ein «outstanding teacher» gewesen sein sollte (S. 630), ist damit noch nichts wirklich belegt und bewiesen, sondern bloß behauptet. Als Arbeitshypothese ist dies eine taugliche Kombination, doch ist jede darüber hinaus gehende Behauptung einer Tatsache eine nicht zulässige Suggestion. Ebenso S. 627 (Ziff. 3.) lässt sich (mit nicht explizierter Referenz auf das Zitat von van den Enden auf S. 626) von einer allfälligen Vergleichbarkeit sprechen; die Begründung einer «similarity between his and his master's ideas» (S. 628), weil also van den Enden Spinozas Lateinlehrer war (mit impliziten Bezug auf die Darlegungen S. 615 und Anm. 14), ist wiederum eine solche Suggestion. Zudem liegt zwischen 1661, als sich die beiden begegneten, und den 1670er Jahren, in denen Spinoza sein Hauptwerk schuf, eine lange Entwicklungsperiode für Spinoza, die auch nicht mit dem Argument von ersten Entwürfen zur *Ethica* Spinozas (S. 630) ohne weiteres überbrückt wird. Dass Aussagen Spinozas «are unmistakably adhered to by van den Enden» (S. 628) hilft nicht darüber hinweg, weil jedes «unmistakeably» schon gegen die Aussage, die es stützen sollte, spricht. Doch wichtiger und wertvoller erscheint mir im vorliegenden Zusammenhang, dass Klever gezeigt hat, dass Spinoza in einem zeitgenössisch größeren Kontext zu sehen ist. Auch van Bunes Versuch der Demontage des Jüdischen in Spinoza wirkt nicht unbedingt überzeugend, zumal er diesen Hintergrund durch den politisch-nationalen, des spezifisch Holländischen, ersetzen will (*W. van Bunge, Spinoza's Jewish Identity and the Use of Context*, in: *Studia Spinozana* 13 [1997]), S. 100–118).

weiter. Nur dieses hermeneutische Vorgehen kann unsere Sicht wirklich bereichern.

Was wir somit aus diesen Einsichten mitnehmen müssten, ist, so denke ich, das *caute* im Sinne von Spinoza, weil alle Dinge, die so exzellent wie Spinozas Lehre (E5P42S) sind, sich höchst vielschichtig und anspruchsvoll präsentieren, so dass ein allzu selbstgewisser Zugriff den Gegenstand daher schnell einmal verfehlen kann. Auch die Wissenschaft ist säkular, selbst wenn sie immer wieder wie eine neue Religion gehandelt wurde und wird. Also zählt einzig die kritische Intellektualität im Sinn der *libertas philosophandi*, denn nur sie kann aufrichtige *pietas* – gerade auch in Bezug auf die *scientia* – ermöglichen.

Grundverständnis dieser Rechts- und Gesellschaftsphilosophie^{*1}

Wozu über Recht philosophieren, wenn dieses in Gesetzen ausdifferenziert verfasst ist, und es allenfalls nur einer justiziellen Adjustierung – etwa einer grammatikalischen, historischen oder teleologischen Interpretation, in seltenen Fällen auch einer Ergänzung durch das Gericht – bedarf, um zu wissen, was Recht ist? Weshalb überhaupt noch über Recht philosophieren, wenn dessen Diskurs in den meisten Fällen ohnehin durch den politischen Entscheid des Souveräns – wer auch immer dieser sei – inhaltlich bestimmt und vorgegeben ist?

Diese Auffassung hat kein Geringerer als THOMAS HOBBS schon vor mehr als 350 Jahren vertreten, dass Recht nicht *«counsell but command»* sei,² eine Auffassung, die uns bis heute in der westlichen Hemisphäre nachhaltig geprägt hat. HOBBS war nämlich dezidiert der Ansicht, dass der Imperativ des Herrschenden einer sachlichen Erörterung durch Philosophen stets vorgehe. Auch der grosse deutsche Aufklärer IMMANUEL KANT³ war im Angesicht der Französischen Revolution der Meinung, dass das Volk nichts zu «vernünfteln» habe. Vielmehr entspreche es der praktischen Vernunft, dass, wenn es schon eine Obrigkeit gebe, diese auch entscheide und die Untertanen dieser Entscheidung also zu folgen hätten. Zahlreiche Autoren und akademische Lehrer haben diese Ansicht und Mei-

* Erstpublikation in: Rechts- und Gesellschaftsphilosophie. Historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechtsphilosophie. Eine Einführung mit Quellenmaterialien. Mit einem Gastbeitrag zum «Sinomarxismus» von Prof. Dr. phil. und Dr. iur. Harro von Senger, Zürich/St. Gallen: Dike 2012, 1–8; vorliegend Textfassung der 2. Aufl. 2016.

¹ Das Fach im rechtswissenschaftlichen Unterricht heisst: Rechtsphilosophie. Wenn im Folgenden jedoch meistens von Rechts- und Gesellschaftsphilosophie die Rede ist, dann deshalb, um einem positivistischen Selbstverständnis zu entgehen und zu zeigen, dass diese Philosophie des Rechts in Bezug auf die menschliche Gesellschaft selbst steht.

² THOMAS HOBBS, *Leviathan* [1651], Kap. 26, Übersetzung von JACOB PETER MAYER. Nachwort von MALTE DIESELHORST, Stuttgart: Reclam, 2002, S. 228; DERS., *Leviathan* (revised student edition by Richard Tuck), Cambridge: Cambridge University Press, 1996, ch 26, S. 191; Vgl. MARCEL SENN, «Law and Authority». A Political and Legal Paradigm by Thomas Hobbes and its Different Receptions in the USA, Canada, Britain and Germany since 1989, in: *Comparative Legal History* 2 (2014) No. 1, S. 30–44, s. Beitrag 1, S. 17–33.

³ IMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten* [1797; 2. A. 1798: S. 203–206], in: WILHELM WEISSEDEL (Hg.), *Werkausgabe* in zwölf Bänden, Bd. 8, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, S. 437 ff.

nung – loyal ihrer geistigen Wahlverwandtschaft gegenüber – adaptiert und propagiert.

Diese Auffassung wird auch durch die naturwissenschaftlichen und humanmedizinischen Diskurse, neuerdings etwa durch denjenigen der Hirnforschung,⁴ gestützt. Mehr oder weniger offen stellen sie die erkenntnis- und handlungstheoretische Kompetenz der Philosophie und des Rechts⁵ in Frage. Sie behaupten kühn, dass nur die Medizin und die Naturwissenschaften über die erforderliche Sachkenntnis verfügten, um die zentralen Fragen betreffend Erkenntnisvermögen und Handlungsmöglichkeiten der Menschen beantworten zu können. Daher fragt es sich in der Tat, wozu noch die Zeit mit der Philosophie verbringen, um nicht zu sagen, «verschwenden», wenn die Zeit ein kostbares Gut ist, das – der ökonomischen Logik der Kosten folgend – präzise kalkuliert sein will, um dem Ziel eines im Geiste des *homo oeconomicus* «sinnvollen» Lebens nahe zu kommen?

Wer die Kulturgeschichte der Menschen auch nur ein Stück weit kennt,⁶ weiss, dass diese und ähnliche Fragestellungen allerdings nichts Neues darstellen. Sie haben vielmehr selbst eine Tradition und verstehen sich daher schon immer als eine Einwendungsstrategie gegen allzu eigenständiges Denken. Während die Sophisten der Antike, die bekanntlich meinten, alles zu wissen, gepriesen und verehrt wurden, mussten Leute wie SOKRATES, der dem munteren Behaupten und den geschickten Reden vieler Athener mit ironischer Skepsis begegnete und sie dadurch verunsicherte, oder SENECA, der dem politischen Regime seines Kaisers hinterfragend gegenüber trat, für ihre Skepsis und Kritik mit ihrem Leben bezahlen. Andere, auch Unbekannte, bezahlen auch gegenwärtig noch mit ihrer Freiheit oder mit ihrem Leben für ihre kritische Haltung gegenüber Unrecht. Philosophie hat in dem genauen Sinne mit dem Leben selbst zu tun und geht an die Wurzeln, ist also radikal. Ist vielleicht gerade dieses Faktum ein starker Beweis für die Nutz- und Sinnlosigkeit oder zumindest die Gefährlichkeit des (allzu) selbstständigen Denkens? Doch fragt es sich dann auch, wieso Einzelne immer wieder unbeirrt solche Fragen stellen, Zweifel säen, Kritik vortragen, wenn ihr

⁴ Vgl. dazu: MARCEL SENN/DÁNIEL PUSKÁS (Hg.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart: Franz Steiner, 2006 (=ARSP Beiheft Nr. 111) sowie RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZÜRICH (Hg.), *Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften*, Zürich: Schulthess, 2008, s. Beitrag 10, S. 163–174.

⁵ Vgl. dazu: MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 3. A. 2010, S. 73–96, 152–175.

⁶ MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 4. A. 2007.

Tun dermassen selbstgefährdend ist. Für Ängstliche wie für Mainstreamer jedenfalls ist Philosophie gleichermassen nichts.

Mit dem Stichwort des «Todes» sind wir überdies bei einem existenziellen Problem der Philosophie angelangt. Philosophie hat zwar wohl mit Wissen zu tun bzw. sie setzt dieses voraus, doch das Fragen, das Hinterfragen eben desselben ist entscheidender. Stellen wir uns in diesem Zusammenhang doch nur einmal vor, eine heutige Philosophin würde sich mit den Sophisten – den Lehrern des Wissens in der Antike, aber auch der Gegenwart –, über dieses Thema unterhalten. Das Gespräch könnte etwa so verlaufen: Man wäre sich vermutlich schnell darüber einig, dass der Tod jedem gewiss ist; uneins wäre man sich indessen über seine Bedeutung für das Leben wie für das Denken. Für die Sophisten wäre der Tod ein Schrecknis ohnegleichen, weil er das Ende jenes Lebens darstellt, das ihrer Vorstellung nach auf Erfüllung und Mehrung von eigenen Vorteilen zielt. Die Philosophen aber sähen im Tod nur eine Gesetzmässigkeit des Lebens selbst, der keiner entkommt, auch sie selber nicht. Der Tod erinnert, so liesse sich ihre Argumentation zusammenfassend begreifen, den Menschen aber immer wieder an die Grenzen seines eigenen Daseins, Denkens und Handelns, und er zeigt ihm zudem auf, dass es sich daher gerade lohnt, sein Leben mit Blick auf die Bedeutung und Achtung des Lebens überhaupt bewusst(er) zu leben. Es gibt somit auch ein anderes legitimes und erstrebenswertes Ziel als das bloss kalkulatorische Interesse des *homo oeconomicus* an der Nutzenmehrung, nämlich ein philosophisches Ethos einer transparent und konsequent vertretenen Grundhaltung,⁷ einander als Menschen bei aller Skepsis doch stets wohlgesinnt, fair und zuverlässig zu begegnen. Aus dieser Grundeinsicht heraus leiten die Philosophen auch ab, sich einem von solcher Grundhaltung abweichenden Verhalten der Unverbindlichkeit gegenüber kritisch zu äussern.

Diese Darlegung entspricht allerdings kaum der Erwartungshaltung an eine herkömmliche Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, wie wir sie hier in Mitteleuropa heute pflegen. Die vorliegende Rechts- und Gesellschaftsphilosophie folgt somit nicht dem impliziten Paradigma eines formalen Freiheitsdiskurses und rechtswissenschaftlichen Positivismus, die das Rechtsdenken seit dem 18. Jahrhundert zunehmend prägten und vereinnahmten, und infolgedessen auch nicht einem ökonomischen Ansatz. Diese Diskursimplikationen verführen allzu schnell dazu, dass aktualisierende Interpretationen, die es ohnehin gibt, geradezu ahisto-

⁷ ADA NESCHKE-HENTSCHKE, Die aristotelische Ethik – eine Ethik ohne Metaphysik?, in: KRISTINA ENGELHARD/DIETMAR H. HEIDEMANN (Hg.), Ethikbegründungen zwischen Universalismus und Relativismus, Berlin/New York: Walter De Gruyter, 2005, S. 35–64.

risch – also die entstehungsgeschichtlichen Rahmenbedingungen verkennend – zu Umdeutungen führen, die vom Autor nicht intendiert waren und somit sachlich gar nicht zu rechtfertigen sind. Zur Rechtfertigung reicht auch ein Hinweis der Art nicht, dass die objektive Feststellung eines Sachverhalts ohnehin unmöglich sei. Denn wenn es keine objektivierbare Erkenntnis gäbe, dann wäre auch der Standpunkt dieses Subjektivismus bzw. des Relativismus haltlos. Dass es zudem stets hermeneutische Schwierigkeiten im Erfassen und Verstehen eines Problems gibt, sollte nur lehren, gegenüber allzu schnellem Schlussfolgern vorsichtiger zu werden. Dies heisst jedoch nicht auch, sich nicht in einem wahrhaftigen Bestreben mit den Grundfragen des Daseins auseinandersetzen zu wollen. Solche aktualisierenden Ansätze überhöhen, verfälschen oder verwerfen Werke und Autoren aus solcher Perspektive heraus, was doch seitens der Wissenschaft eines kritischen Einwandes bedarf, um die Werke und Autoren gegenüber massiver Unsachlichkeit zu schützen.

Mit etwas mehr Bescheidenheit, das heisst, mit der Bereitschaft, der Sache selbst, also dem sachbezogenen Denken zu dienen, ist freilich auch zuzugestehen, dass die Denkkünste der Gegenwart, trotz ihrer ebenso überaus selbstbewussten wie progressiven Selbstinszenierung, keineswegs eine einzigartige, menschliche Gipfelleistung darstellen. Misst man frühere Leistungen an deren eigenen und spezifischen Zielsetzungen sowie deren Rahmenbedingungen und nicht an aktuellen Parametern, so belässt man diese in ihrem Recht, und erkennt, wenn man nicht gerade mit Blindheit geschlagen ist, dass diese den existenziellen Grundfragen von Leben, Gesellschaft und Recht oft viel näher waren, als unsere schöngeistigen Erzeugnisse von heute. Zu diesen «älteren» Ansichten lässt sich in einem zweiten Schritt trotzdem Distanz wahren und kritisch anmerken, wo sie für uns und unsere Fragestellungen nicht als tauglich erscheinen, doch müssen wir gleichzeitig auch bereit sein, unsere heutige Zeit mit ihren Defiziten und Selbstherrlichkeiten ins Visier zu nehmen.

Daher ist im vorliegenden Buch die Herangehensweise an Themen und Texte vom Wunsch geleitet, zur *libertas philosophandi* – der Freiheit des Denkens – letztlich dadurch beizutragen, dass sich das mitdenkende Individuum dieser hermeneutischen Schwierigkeit stets bewusst stellt und sich somit auch mit sich selbst als dem Träger des Denkens sowie mit den Bedingungen seiner Gesellschaft, die solches Denken ermöglicht oder auch verunmöglicht, sowie mit der Rechtsauffassung, die diese Gesellschaft einmal unter bestimmten Rahmenbedingungen geschaffen hat, kritisch auseinanderzusetzen. Ziel ist es somit, die autonome Reflexionsfähigkeit der Lesenden durch die kritische und distanzierte Auseinandersetzung mit Werken und Autoren von nachhaltiger Wirkung letztlich

selbst zu stärken, indem sie durch Einübung in das wegweisende Denken, das uns Menschen aus anderen Epochen und Kulturen hinterlassen haben, die Fähigkeit ausbilden hilft, auch die eigene Situation als ein historisches Produkt aus einer bestimmten Konstellation von Entwicklungen heraus zu erkennen, und diese bezüglich ihrer Bedeutung zugleich kritisch zu reflektieren und die für weiterhin tauglich befundenen Ansätze daraus ebenfalls selbständig weiterzuentwickeln. So wie Verständnis im Alltag durch Erfahrung wächst, so wächst das wissenschaftliche durch Erkenntnis der Zusammenhänge, wie sich bestimmtes Denken durch die Geschichte hindurch gebildet hat. Durch diese Erkenntnis in die Bedingtheit allen Denkens lernen wir auch die Geschichtlichkeit und Begrenztheit unseres eigenen Daseins besser kennen und können dadurch die Notwendigkeit des eigenen Standpunkts in der Gegenwart klarer sehen lernen, ohne in bloss forsches Behaupten zu verfallen. Daher lässt sich mit Grund sagen, dass wer nur schon einen der grossen Denker aus der Achsenzeit gründlich versteht, intellektuell gewiefter ist als diejenige Person, die bloss nachbetet, was gerade Mode ist.

Drei Ziele lassen sich somit für eine Rechts- und Gesellschaftsphilosophie im Unterricht formulieren:

Erstens sollen Grundinformationen zur geschichtlichen Entwicklung des Rechts- und Gesellschaftsdenkens aufgezeigt werden, das unser Denken bis heute nachhaltig beeinflusst, selbst wenn wir uns dessen nicht (immer) bewusst sein sollten. Insofern sich dieses Rechts- und Gesellschaftsdenken über Jahrhunderte hinweg veränderte, ist die Darstellung daher notwendig eine geschichtliche. Auf die Geschichte des Rechtsdenkens zurückzugreifen hat aber auch allgemein guten Grund: Die Gegenwart versteht nur, wer ihre Geschichte kennt, und die Zukunft kann nur planen, wer die geschichtlichen Grundlagen dieser Gegenwart begriffen hat. Die historische Analyse zeigt somit die Grenzen eines Themas aufgrund seiner Verankerung in einer bestimmten Zeit auf, während das philosophische Denken sich mit dem wesentlichen Gedanken und dadurch mit dem Überzeitlichen eines Themas befasst. In dem Sinne zielt das philosophische Denken auf die Kernfragen des Lebens, der Gesellschaft, des Staates und auch des Rechts. In der vorliegenden Abhandlung wird daher versucht, die *Grundelemente des Rechtsdenkens aus dem jeweiligen gesellschaftlichen Zeitgeist* heraus zu verstehen.⁸

⁸ Dass es überhaupt ein Rechtsdenken gibt und dessen Geschichte heute erzählt werden kann, hängt auch von der Tatsache ab, dass die Normen (Gesetze wie soziale Regeln) zur Selbstorganisation der Menschen in Verbänden einerseits und andererseits die Vorstellungen zur Optimierung solcher Regelungen betreffend das menschliche Leben durch Philosophen, Dichter und Theologen, später auch durch Rechtswissenschaftler, verschriftlicht und der Nachwelt überliefert worden sind. Dieses Endprodukt konkreter Normen einer Gesellschaft ist hier aber nicht selbst Gegen-

Dabei müssen wir uns allerdings auch stets bewusst bleiben, dass der *heutige* Rechtsbegriff nicht der Massstab einer Rechtsphilosophie sein kann, welche die historischen Fundamente untersucht. Dies gilt mit Bezug auf die mitteleuropäische Entwicklung von Gesellschaft und Recht genauso wie für die Vorstellungen darüber, was Recht und Gesellschaft in Kulturen anderer Weltregionen bedeuten, die mit der westlichen Tradition – historisch betrachtet – nicht oder nur wenig korrelieren. Anstatt Kategorien aus unserem Verständnishorizont auf deren Themen überzustülpen, sind die Massstäbe für das Verständnis anderer Rechtskulturen in erster Linie aus deren eigenen immanenten Ordnungsperspektiven zu entnehmen. Dies ist oft leichter gesagt als getan. Denn manchmal übersieht man selbst hinsichtlich des mitteleuropäischen Diskurses, dass es eine stringente und einheitliche Kategorienwelt weder historisch gab, noch gegenwärtig gibt, insofern unterschiedliche Denkschulen und Paradigmen⁹ sich teilweise bekämpften und noch gegeneinander streiten. Deshalb ist es notwendig, die Gegenwart in ihrer Brüchigkeit und Geschichtlichkeit zu begreifen.¹⁰ Aus diesem Grund ist es auch unerlässlich, sich mit den Quellentexten selbst zu befassen. Denn in der rechtsphilosophischen Sekundärliteratur herrschen vielfach implizite Werturteile vor, welche eine philosophische Erörterung aus einem bestimmten Zeitgeist heraus strukturieren, selbst dort, wo vorgegeben wird, die Geschichte werde aufgearbeitet. Zwar können wir den Denkern der Vergangenheit einen aktualisierenden Zugriff der Gegenwart durchaus aufoktroieren, doch erfolgt ein solcher Zugriff kaum je aus methodologisch zureichendem Grund. Die auf solche Weise erfolgte Ausübung der interpretatorischen Definitionsmacht ist nur eine Form der Kolonisation, die zudem häufig unreflektiert bleibt. Und eben deshalb sollen die Lesenden mit den Quellen der Autoren selbst vertrauter werden und dadurch lernen, mit den methodischen Problemen und den interpretatorischen Fallstricken selbstständig umgehen zu können. Freilich ist eine solche Auswahl von Texten bereits auch eine Vorgabe, doch richtet sich diese Wahl hier weitgehend nach dem Kriterium der Wirkungsgeschichte der Texte bzw. eines Autors.

stand, sondern ist Teil der Rechtsgeschichte und der Zeitgeschichte. Hier geht es um die Ideen und Entwürfe bedeutender Denker zur rechtlichen Ordnung ihrer Gesellschaft, soweit diese Vorstellungen eine nachhaltige *Rezeptions-* und *Wirkungsgeschichte* zeitigten (vgl. dazu: MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 4. A. 2007; MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 3. A. 2010).

⁹ Vgl. dazu: THOMAS S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962.

¹⁰ Vgl. dazu: MARCEL SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich: Schulthess, 1982 (=Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 6).

Zweitens soll dieses Buch auch dazu beitragen, die Lesenden zu sich selber, das heisst, zu ihrem eigenen bewussten Denken zu führen. Diese Hinführung kann aber nicht alleine dadurch geschehen, dass möglichst viele sachlich richtige, aber bloss äussere Informationen über Unterschiede und Zusammenhänge vermittelt werden. Vielmehr muss das selbständige Denken der Lesenden immer wieder eingefordert und dadurch gefördert werden.¹¹ Denn in einer hektischen Zeit wie der unsrigen, die durch eine partikularistische Informationsflut der Medien beherrscht wird, müssen die gesellschaftlich grundlegenden Fragen durch ein Fach wie die Rechtsphilosophie immer wieder von Neuem bewusst ins Blickfeld genommen und zu beantworten versucht werden.

Die Fokussierung des Denkens auf seine Selbständigkeit, die Befassung mit den grundsätzlichen Problemen der Gesellschaft, der Menschen und des Rechts sowie die Forderung nach einer in sich kohärenten Argumentation sind die drei wichtigsten Anliegen einer intellektuellen Bildung des menschlichen Individuums. So viel humanistische Gesinnung müssen wir uns in einer Epoche der zunehmenden akademischen Verschulung noch bewusst zugestehen.¹² Dazu aber sind Konzentration, innere Ruhe und Gelassenheit sowie der unbedingte Wille zur Wahrhaftigkeit unerlässlich.

Wer philosophieren will, muss also verbindlich denken (wollen), und dies bedingt, dass er oder sie die eigene Grundhaltung¹³ erkennt und sie wissend auch transparent macht.¹⁴ Damit wird die erkenntnistheoretische Reflexion der Bedingungen des eigenen Denkens eingefordert sowie die Frage nach dem Ethos – der

¹¹ Der Einblick in die geschichtlichen Bedingungen des Rechtsdenkens wird es den Interessierten ermöglichen, die Grundbedingungen *ihrer* eigenen, womöglich meist unbewussten Denkmuster kennenlernen zu können. Durch solche Reflexionsübungen gewinnt man schliesslich mehr Freiheit im eigenen Denken. Vgl. dazu: MARCEL SENN, Die Bewegungsfähigkeit des Interpreteten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte, in: PHILIPP STOELLGER (Hg.), *Genese und Grenze der Lesbarkeit*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 2007, S. 75–93.

¹² Vgl. dazu: MARCEL SENN, Wozu sind Juristen auszubilden? – Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform, in: *Rechtskultur I* (2012), S. 120–130, s. Beitrag 4, S. 65–89. Ferner: DERS., Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform, in: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 1 (2010) Heft 2, S. 218–224.

¹³ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: ROLF SETHE et al. (Hg.), *Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Bern: Stämpfli, 2011, S. 913–929; Zweitveröffentlichung in: *Journal für Juristische Zeitgeschichte*, Band 13 (2012) 1, S. 3–20; s. Beitrag 6, S. 101–118.

¹⁴ Der Standpunkt des Autors orientiert sich an den fünf seines Erachtens massgeblichen Autoren ARISTOTELES, SPINOZA und HEGEL in der europäischen Tradition sowie SIDDHARTA GAUTAMA und KONFUZIUS in der asiatischen Tradition.

Grundhaltung – für ein solches Denken gestellt. Sowohl in der asiatischen als auch in der antiken Philosophie findet sich ein oft missverstandener Begriff, nämlich derjenige der Tugend.¹⁵ Tugend meint nicht eine angelernte äussere Moral oder förmliche Höflichkeit, sondern dieser Begriff steht für die *bewusste Grundhaltung* zum Leben und schliesst damit eine *sich selbst verpflichtende* Leistungsbereitschaft ein, damit die Menschen in einem Staat, in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft *sich selbst bestimmen* können. Diese *Grundhaltung* war und ist in allen bedeutenden Kulturen ein fundamentaler Gedanke gewesen und stellt somit ein universales Postulat dar. Denn eine Kultur lässt sich nicht einfach daran messen, dass sie Technologien und Infrastrukturen bereit stellt und auch über eine beinahe konkurrenzlose ökonomische Macht und militärische Überlegenheit verfügt. Diese Bedingungen sind Voraussetzungen für einen Erfolg, sie stehen aber nicht auch für den Gehalt der Kultur. Die Wirkungsmacht einer Kultur kann hingegen nur auf ihrer Ausstrahlungskraft und somit auf einer breiten Akzeptanz beruhen, insofern diese Kultur moralische und intellektuelle Güter hervorbringt bzw. hervorbrachte, die allgemein und vielleicht auch heute noch zu überzeugen vermögen und die daher über den Zeitraum ihrer Entstehung hinaus zu berühren und zu faszinieren vermögen. Erst diese Bedeutung einer Kultur macht eine Gesellschaft, einen Staat wirklich aus. Dies erkennen wir, wenn wir uns die Negativbeispiele der Diktaturen und Regimes seit dem 20. Jahrhundert anschauen: Als Machtstaaten stiegen sie gewaltsam und rasch auf, wie sie hernach ebenso plötzlich wieder zerfielen. Sie brachten es zwar kurzfristig zu einer ungeheuren Konzentration von ökonomischer Macht und militärischer Gewalt in der Hand einiger Weniger; sie verkörperten auch einen wohl zu fürchtenden, aber nie wirklich zu achtenden Machtstaat.

Wenn wir uns also auch mit einigen wesentlichen aussereuropäischen Philosophien¹⁶ des Rechts und der Gesellschaft befassen, dann können wir nicht bei der

¹⁵ Diese Tugend könnte darin bestehen, dass man eine bewusste und darnach auch handelnde Haltung im Sinne der Achtung vor dem, der Liebe zum und der Freude am Leben grundsätzlich und zu Menschen sowie allen Lebewesen im Besonderen einnimmt, wie dies meines Erachtens exemplarisch in der Lehre vom achtfachen Pfad bei SIDDHARTA GAUTAMA zum Ausdruck gelangt. Siehe dazu auch ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, II, 1105a 25 und 1106a 30.

¹⁶ Es geht hier ausdrücklich um Philosophie, nicht um Theologie oder Religion. Natürlich sind die Abgrenzungen als solche keineswegs so eindeutig, doch musste eine Ausscheidung getroffen werden, damit Schwerpunkte gesetzt werden konnten. Daher sind die typischen Religionen wie das Judentum, das Christentum und der Islam als Religionen nicht Gegenstand. Nun sehen viele auch den Buddhismus bzw. den Hinduismus zu Recht als Religionen. Doch der Buddhismus war genauso wenig wie der Konfuzianismus ursprünglich eine Religion und auch der Hinduismus hat sich von einer ursprünglich religiösen Auffassung mehr zu einer Gesellschaftsphilosophie hin entwickelt.

Vorstellung eines formalen bzw. äusseren Rechtsbegriffes, wie er im Verlaufe des 18. Jahrhunderts in Mitteleuropa entstanden ist und im 19. Jahrhundert verfestigt wurde,¹⁷ verharren und dem modischen Theorie-Design eines rein positivistischen Rechtsverständnisses folgen, sondern wir müssen das Recht aus seinen grundlegenden *ethischen* Bedingungen und aus seiner geschichtlichen Entwicklung heraus als gesellschaftliches Phänomen zu verstehen suchen. Die grossen Philosophien, gleichviel wann und wo sie entstanden sind, lehrten stets die – auch für den Autor des vorliegenden Buches – grundlegende Einsicht, dass und wie bedeutungsvoll letztlich die Verbindung von Ethik und Recht für das menschliche Leben war und ist.¹⁸

Drittens geht es vorliegend auch um die Verbindung des Wahrheitsbegriffs des Altertums mit dem Freiheitsbegriff der Neuzeit. Diese Auffassung widerspricht zwar der jüngeren europäischen Tradition eines übersteigerten formalistischen Rationalismus, der die beiden Lehren getrennt hat und die Moderne ganz aus sich heraus bestimmen lässt, um dadurch eine formale Verallgemeinerung zu ermöglichen. Doch damit wird gleichzeitig verkannt, dass das formale Konstrukt eines sogenannten «äusseren» Rechtsbegriffes, wie ihn namentlich die neukantianische Argumentation seit Ende des 19. Jahrhunderts und in deren Folge auch die analytische und systematische Philosophie im 20. Jahrhundert vertraten, gerade das Kernproblem selbst ist, um das es hier geht. Wird nämlich der formalistische Begriff des Rechts zur Grundlage der Rechtsphilosophie selbst gemacht, so bleibt doch nur das dürre Gerüst einer begrifflichen Rechtstheorie übrig, die aber unfähig ist, sich mit anderen Fragen als denjenigen nach ihrer eigenen Konstruktionsweise auseinanderzusetzen. Entsprechend reduziert sich die Fragemöglichkeit nach dem Recht meist auf einen Aspekt der *sich selbst* genügenden und selbst legitimierenden *äusseren* Gewalt, Macht oder eines staatlichen Zwanges.¹⁹

Erst durch die Verbindung des Rechtsdenkens mit der *ethischen* Grundfrage nach Sinn und Ziel eines Tuns, eines Denkens und insbesondere des vorhandenen Rechts erhält die Rechtsphilosophie ihre gesellschaftlich und menschlich *kritische* Dimension, wie sie diese noch im Aufklärungszeitalter meist innehatte und deren letzter ernsthafter Vertreter HEGEL war. Dadurch erst kann eine vernünftige und wirklich gehaltvolle und nicht bloss formale Philosophie des Rechts be-

¹⁷ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 4. A. 2007, S. 266, 304–307.

¹⁸ Vgl. dazu: MARCEL SENN, *Ius ancilla ethicae?*, in: *Ancilla Iuris*, 2011, Special Issue: International Law and Ethics, S. 9–35.

¹⁹ Vgl. dazu: MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND, Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 3. A. 2010, Kap. 1.

stehen, die sich durch einen die menschliche Freiheit schützenden Rechtsstaat verwirklicht. Gerade weil der Mensch mit seinem Denken und seiner ethischen Grundhaltung im Zentrum steht, wird die Rechts- und Gesellschaftsphilosophie interessant und insofern auch wesentlich.

Dadurch verschränken sich sodann auch die unterschiedlichen Ansätze von antikem und modernem philosophischen Wahrheits- und Freiheitsdiskurs im Sinn der ethischen Intellektualität der *libertas philosophandi*, die – genau besehen – dem Menschen ohnehin seit je eigen ist. Und dies ist der Standpunkt, von dem aus dieses Buch konzipiert ist und wie es verstanden werden will.

Wozu sind Juristen auszubilden?

Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform*

Inhaltsübersicht

I.	Standpunkte und Schieflagen	66
II.	Das Studium der Rechtswissenschaften im jahrzehntelangen Reformstress	71
	A. Zahlreiche Reformen	71
	B. Bologna oder «Bologna»?	73
	C. Die «metaphysische» Reform im Namen Europas	75
III.	Der steinigere Weg zu einer Elite-Rechtsfakultät	80
	A. Keine Demokratie ohne intellektuelle Elite	80
	B. Erfordernisse und Massnahmen	81
IV.	Das Ziel des Rechtsstudiums	84
	A. Recht und Wissenschaftsethos	84
	B. Individualität und Intellektualität	85
	C. Die Notwendigkeit des geschichtlichen Verständnisses des Rechts	87

* Erstpublikation in: Rechtskultur. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 1 (2012) 1, S. 109–119. Für die Beschaffung von Materialien sowie die kritische Lesung und die beherzte Gegenrede danke ich meinem wissenschaftlichen Assistenten lic. iur. Mihai Vladescu und Frau stud. iur. Katharina Niederberger sowie Reglindis von Naumburg, die anders ich nicht nennen darf. Mit dieser Abhandlung schliesse ich eine Reihe von Erörterungen zu Grundlagenfragen von Rechtswissenschaft und Rechtsstudium unter dem neuen Regime der so genannten Bologna-Reform ab, die ich aus unterschiedlichen Erkenntnisinteressen und Perspektiven heraus je eigenständig verfasst habe. Sie betreffen die Sicht einer Rechtsfakultät (MARCEL SENN, Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform, in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 1 (2010) Heft 2, S. 218–224), die Bedeutung der Geschichte, insbesondere der Wissenschaftsgeschichte, für das Rechtsdenken (MARCEL SENN, Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht, in: Rechtsgeschichte 19, 2011 [Festgabe für Michael Stolleis zum 70. Geburtstag], S. 300–308), das Erfordernis einer reflexiven Grundhaltung für eine kritische Rechtswissenschaft (MARCEL SENN, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: Rolf Sethe u. a. [Hg.], Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern: Stämpfli, 2011, S. 913–928, s. Beitrag 6, S. 101–118) sowie das Verhältnis von Ethik und Recht in der Gegenwart (MARCEL SENN, Ius ancilla ethicae?, in: Lorenz Engi/Julia Hänni/Daniela Kühne [Hg.], Ancilla Iuris, 2011. Special Issue: International Law and Ethics, S. 9–35.

I. Standpunkte und Schieflagen

So einfach die Beantwortung dieser Frage, wozu Juristen auszubilden seien, auf den ersten Blick erscheint, so verschieden werden die Antworten doch ausfallen.

Dies hängt zunächst einmal mit der Tatsache zusammen, dass die Vorstellungen darüber differieren, wer überhaupt als Juristin oder Jurist gelten kann. Nach allgemeinem Verständnis sind Juristen vor allem Praktiker, also Anwälte und Richterinnen. Diese Sicht greift aber mit Blick auf all jene zu kurz, die wie die Richter und die Anwältinnen ebenfalls über einen universitären Abschluss in der Rechtswissenschaft verfügen, sich jedoch in der öffentlichen Verwaltung oder in privaten Unternehmen mit Rechtsfragen befassen. Sind diese deshalb keine Juristen? Oder sind Leute, wie der Schreibende, die das Recht aus intellektuellem Erkenntnisinteresse und aus Sorge ums Recht theoretisch betrachten, etwa keine Juristen? Offensichtlich kann die Beantwortung der Ausgangsfrage vor dem Hintergrund verschiedener beruflicher Tätigkeitsfelder sowie verschiedener Erfahrungen und Interessen unterschiedlich ausfallen. Solche Heterogenität indessen gibt keine zuverlässige Definitionsgrundlage ab. Wer daher sachbezogen und lösungsorientiert denkt, kann sich der einfachen Erkenntnis nicht verschliessen, dass die Frage, wer ein Jurist, eine Juristin sei, daher unabhängig von subjektiven Interessen und Erfahrungen sowie auch unabhängig von einem bestimmten Berufsbild beantwortet werden muss.

Ein Jurist, eine Juristin ist demnach, wer über einen universitären Abschluss in der Rechtswissenschaft verfügt. Diese Feststellung ist natürlich banal, und dennoch zeigt sie in ihrer Unverfänglichkeit das Wesentliche auf: Denn so wenig sich die Frage, wer Jurist sei, durch eine Praxis bestimmen lässt, so wenig kann die Frage nach der juristischen Ausbildung aus Sicht eben dieser Praxis beantwortet werden. Die Ausbildung von Juristen darf jedenfalls nicht von den wechselhaften Vorstellungen betreffend Nützlichkeit und Verwertbarkeit einer Praxis abhängen. Somit kann keine Berufspraxis die Parameter für die Ausbildung von Juristen vorgeben, selbst wenn der universitär ausgebildete Jurist sich mit aller Wahrscheinlichkeit in der schnell sich wandelnden Praxis betätigen wird. Dies ist deshalb vorweg klar zu stellen, weil gegenwärtig eine Tendenz besteht, die praktischen Erfordernisse des Anwaltsberufes zum Massstab für die akademische Ausbildung von Juristinnen und Juristen zu erklären.¹

¹ Vgl. dazu die affirmative Untersuchung von MATTHIAS KILLIAN, Modelle der Juristenausbildung in Europa – eine Standortbestimmung, Bonn: Deutscher Anwaltsverlag, 2010, S. 134 ff., 165 ff., sowie die kritische Untersuchung von JAN ISCHDONAT, Die deutsche Juristenausbildung unter

Die Zielsetzungen der universitären Ausbildung der Juristen und Juristinnen im universitären Bachelor- und Masterprogramm lassen sich folglich nicht von einem Berufsprofil her bestimmen; sie können nur aus dem Blickwinkel eines sinnvollen Studiums des Rechts selbst festgelegt werden. Ein sinnvolles Studium aber hat sich ebenso solide wie seriös an den Kontroversen über die Fachinhalte, an den ethischen Standards der Wahrhaftigkeit und Wissenschaftlichkeit sowie an der Notwendigkeit eines methodologischen Problembewusstseins zu orientieren. Es geht stets um ein umfassendes, vertieftes, aber auch kritisches Verständnis der Rechtskultur. Nur diese Standards, nur ein solches Problembewusstsein und auch nur die kontrovers diskutierten Fachinhalte lassen Folgerungen zu, wie und wozu Juristen und Juristinnen auszubilden seien, und was eine wirklich sinnvolle Juristenausbildung auf Ebene einer Universität zu beinhalten habe.²

Um noch eine Präzisierung anzubringen, weil wir gegenwärtig in einer Gesellschaft leben, die sich fast nur noch über äussere Erfolge definieren will: Die Grundausbildung der Juristen lässt sich auch nicht nach dem Kriterium des beruflichen Erfolges gestalten.³ Denn Erfolg wird letztlich – unserem Zeitgeist folgend

dem Einfluss des Bologna-Prozesses. Eine kritische Analyse der aktuellen Reformmodelle, Göttingen: Optimus, 2010 (= Schriftreihe der Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft, Bd. 1), insb. S. 29 f.

² Es lässt sich am Beispiel der Rolle der Richter in der geschichtlichen Entwicklung zeigen, wie diese sich im Laufe der Jahrhunderte von äusseren Einflüssen befreien und dadurch ihre magistrale Autorität und ihre operative Autonomie erlangten. Diese Professionalisierung bedeutete, dass sich die Richterschaft gerade von den kurzfristigen Alltagsinteressen emanzipieren konnte und sich fortan durch ihre intellektuelle Integrität ausweisen musste. Um diese Professionalisierung zu erreichen, wurde seit dem 16. Jahrhundert zunehmend verlangt, dass Richter im Rechtsdenken spezifisch ausgebildet waren, ja sogar selber als Lehrer an Universitäten gewirkt hatten. Die Theorie, nicht die Praxis wurde für diese Entwicklung somit entscheidend (vgl. dazu KATHRIN NEHLSSEN-VAN STRYK, Artikel «Gerichtsverfahren», Sp. 179–192 und HEINER LÜCK, Artikel «Gerichtsverfassung», Sp. 192–219, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller [Hg.], Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Berlin: E. Schmidt, 2. A., 9. Lieferung 2009 bzw. die früheren gleich lautenden Artikel von GERHARD BUCHDA, in: Adalbert Erler/Ekkerhard Kaufmann [Hg.], Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Berlin: E. Schmidt, 1. A. 1971, Sp. 1551–1563 bzw. 1563–1576).

³ Ich denke, dass ohnehin zwischen einem rein faktischen, unverdienten und einem legitimen Erfolg zu unterscheiden wäre, insoweit der faktische nicht auch notwendig der legitime Erfolg ist. Damit drängen sich Fragen nach der Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit in den Vordergrund des Interesses. Was dies konkret bedeutet, lässt sich im Bereich des heute stark kommerzialisierten Sports beobachten: Ein Erfolg, der mit ungerechtfertigten Methoden erzielt worden ist, verliert seine Bedeutung; eine verliehene Auszeichnung wird wieder aberkannt. Dies wird allgemein als richtig und gerecht angesehen. Der Grund dafür liegt darin, dass grundsätzlich nur jene Formen von Erfolg geachtet und geschätzt werden, die durch eine Leistung verdient und somit gerechtfertigt sind. Daher muss mit Blick auf die Materie des Rechts folgerichtig auch zwischen dem legitimen und dem unverdienten Erfolg, der durch Zufall, betrügerisches Verhalten, Machtgebaren,

– nach dem Kriterium des Geldes definiert.⁴ Zwar liesse sich das Kriterium des Erfolges in Geld gewiss mittels des amerikanischen Theorieansatzes der Ökonomischen Analyse des Rechts, der von der Annahme ausgeht, die Beweggründe und das Verhalten der Menschen würden durch Gesichtspunkte eines grundsätzlich wirtschaftlich und effizient orientierten Vorteilstrebens bestimmt, noch mit fülligen Formeln unterfüttern und somit bekräftigen. Doch solches Denken nach Massgabe weniger, materialistischer Prinzipien ist, wie schon das Beispiel des Marxismus (aus der politischen Kontraperspektive) zeigte, allzu reduktiv. So wurde mit diesem ökonomischen Ansatz jüngst etwa darzulegen versucht, dass und wie die Entwicklung der Rechtsprechung durch die karrieremässigen Interessen der Richter dominiert werde und somit von deren Vorteilsstreben her zu erklären sei.⁵ Dies mag in einzelnen Fällen zutreffen, doch wenn daraus eine Art der Gesetzmässigkeit des Verhaltens von Juristen abgeleitet würde, dann wäre eine ökonomische Logik als Verhaltensmassstab etabliert, wonach sich rational agierende Juristen vorteils- beziehungsweise profitorientiert verhielten, ja sogar verhalten müssten, um erfolgreich zu sein und gesellschaftliche Anerkennung zu erlangen. Durch solches rein erfolgsorientiertes Verhalten würde die Autonomie des Rechtssystems selbst jedoch unterlaufen. Solch eine reduktive, sich auf scheinbare Faktizitäten beziehende Sicht überzeugt nie; sie ist im einfachsten Sinne naturalistisch und daher abzulehnen. Der Laie hat zur Bezeichnung solchen Verhaltens ein noch schlagkräftigeres Stichwort als die vorerwähnte Bezeichnung «naturalistisch»: Er nennt dieses Verhalten – ich denke zu Recht – korrupt, weil es gegen jene selbstverständlichen Annahmen verstösst, die dem System des Rechts zur Konfliktregulierung zugrunde gelegt wurden. Diese Annahmen sind ethischer Natur.⁶ Denn mit dem Begriff einer Rechtsordnung verbinden sich stets berechnete Erwartungen auf eine unabhängige richterliche Fallbeurteilung, die sich grundsätzlich nach den Prinzipien von Gerechtigkeit und Rechtsgleichheit

Erschleichung oder dergleichen Umstände erzielt wurde, differenziert werden. Ist dieselbe Frage nach einem legitimen Erfolg nun mit Blick auf die Ausbildung von Juristen zu erörtern, dann kann der Aspekt der Nützlichkeit oder Verwertbarkeit von Wissen nicht im Zentrum stehen, sondern einzig das Erkenntnisinteresse und das intellektuelle Ringen um die Rechtsfragen.

⁴ MARCEL SENN, Geld – ein bündiger Ausdruck für alle Dinge. Gedanken zu einem profanen Thema der Rechts- und Gesellschaftsphilosophie von Baruch de Spinoza, in: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich: Schulthess, 1994, S. 545ff.

⁵ So etwa: NICOLA GENNAIOLI/ANDREI SHLEIFER, Judicial Fact Discretion, Nber Working Paper Series 12679, November 2006, S. 31f. (<http://www.nber.org/papers/w12679>, zuletzt besucht am 21.2.2013); DIES., Overruling and the Instability of Law, Nber Working Paper Series 12913, February 2007, S. 27 (<http://www.nber.org/papers/w12913>, zuletzt besucht am 21.2.2013).

⁶ Vgl. hierzu: MARCEL SENN, *Ius ancilla ethicae?* *Ancilla Iuris* 6 (2011), Special Issue: International Law and Ethics, S. 9–35.

richtet, und die vom Grundsatz ausgeht, dass das Recht die prinzipielle Gleichwertigkeit aller Menschen zum Ausgangspunkt, auch und gerade im Verfahren, habe. Auf solch vermeintlich klare und für sich Wissenschaftlichkeit beanspruchende Aussagen, wie sie etwa aus der vorerwähnten Ökonomischen Analyse des Rechts aktuell abgeleitet werden, folgt regelmässig und zu Recht hartnäckiges Nachfragen in Bezug auf allfällig unreflektierte Prämissen oder den Wahrheitsgehalt solcher Allgemeinaussagen, aber auch hinsichtlich deren Kontextualität und der zugrunde liegenden Erkenntnisinteressen.⁷ Aus diesen Gründen lässt sich die Frage nach der Ausbildung der Juristen nicht unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Vorteilsstrebens oder des beruflichen und monetären Erfolges abhandeln.

Was einen «guten» Juristen, eine «gute» Juristin ausmacht, und woraufhin er wie sie auszubilden sind, lässt sich nach meiner Ansicht alleine aufgrund der Kriterien der intellektuellen Redlichkeit, der analytischen Denkfähigkeit und des menschlichen Charakters beurteilen. Denn «gute» Juristinnen und Juristen zeichnen sich neben den selbstverständlich vorausgesetzten fachlichen Qualifikationen auch und gerade durch bestimmte charakterliche Eigenschaften wie intellektuelle Redlichkeit und Zuverlässigkeit im Denken wie im Handeln, ethische Urteilsfähigkeit und Empathie sowie durch Integrität und Zivilcourage aus. Solche Eigenschaften drücken das juristische Ethos – die Selbstverpflichtung der Einzelnen – im Alltag erst konkret aus.⁸ Bildet somit das Ethos und nicht ein durch selektive Interessen vorweg bestimmter und somit instrumentalisierten Vernunftbegriff – der meist auch einem aggressiv und zynisch motivierten Dominanzstreben entspringt – die Grundlage des intellektuellen Interessens am Recht, dann beziehen sich Denken, Sprechen und Handeln notwendig auf den Menschen als solchen, weil das Recht selbst sich letztlich auf den Menschen bezieht.⁹ Daher hat sich eine solide juristische Ausbildung neben der Vermittlung der fachlichen Kompetenzen auch darauf zu konzentrieren, was den Zusammenhang zwischen Recht und Mensch im Kern ausmacht, und sie hat diese Einsicht zu lehren.

⁷ In ihrem originellen Buch «Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law» (Oxford: Oxford University Press, 2009) zeigen die beiden Autoren DANIEL A. FARBER und SUZANNA SHERRY konzis – und nicht ohne sanfte Ironie – die sachliche Fragwürdigkeit der Kriterien für die Richterauswahl durch Politik und Wissenschaft auf (S. 116f., 125ff.).

⁸ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus? In: Rolf Sethe u.a. (Hg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern: Stämpfli, 2011, S. 923–926, s. Beitrag 6, S. 101–118.

⁹ SENN (Fn. 6), S. 9ff., 18ff.

Die vorliegende Fragestellung lässt sich verallgemeinernd mit Hinweis auf die exzellente *Ethica* des BARUCH DE SPINOZA noch klarer begründen. Gemäss SPINOZA strebt der Mensch nach Erkenntnis und Einsicht und zwar in einem ganz grundlegenden Sinne. Der Mensch muss, um leben zu können, die Bedingungen seines eigenen Daseins kennen und verstehen. Diese Fähigkeit zu Erkenntnis und Einsicht sind aber nicht einfach gegeben, sondern sie müssen durch Erfahrung und Ausbildung sowie in kritischer Auseinandersetzung mit und in Abgrenzung von einem kurzfristig ausgerichteten Streben nach bloss äusserem Nutzen erst entwickelt werden. Letztlich aber wird uns persönlich nur die Freude und die Lust an der Erkenntnis des Lebens, der Natur und somit Gottes selbst fördern,¹⁰ und nicht ein irgendwie gearteter äusserlicher Erfolg. Bezogen auf die Juristenausbildung bringen uns also auch nur solche Einsichten und Erkenntnisse einen wahren und damit auch legitimen Erfolg sowie einen tatsächlich nachhaltigen Nutzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Kriterien eines Strebens nach äusseren Erfolgen, Nützlichkeit und unmittelbarer Verwertbarkeit, welche sich insbesondere auch in der Kategorie von Geld messen lassen, in der universitären Ausbildung der Rechtswissenschaft in keiner Weise massgebend sein können und dürfen. Alleine die auf intellektueller Wahrhaftigkeit beruhende Erkenntnis kann letztlich das Proprium eines Rechtsstudiums ausmachen. Dies bedeutet keineswegs, dass Juristen zu abgehobenen Theoretikern würden. Im Gegenteil, erst diese solide und seriöse Grundausbildung gibt ihnen für die spätere berufliche Praxis, gleich welche Tätigkeit sie hernach konkret einmal ausüben werden, jenes intellektuell solide Fundament, aber damit auch jene unbedingte geistige Unabhängigkeit, um die mannigfachen Probleme, mit denen sie konfrontiert sein werden, auch selbstständig zu lösen.

Die Praxistauglichkeit setzt also eine profunde theoretische Ausbildung voraus. Je fokussierter indessen eine Ausbildung auf eine bestimmte Nutzenanwendung oder Berufspraxis ausgerichtet wird, desto kurzfristiger wird deren Nutzen sein. Sie mag zwar zu unmittelbar einsatzfähigen und «verwendbaren» Juristen und Juristinnen führen, doch fehlt diesen am Ende gerade das, was die Grundlage des Rechtswissens wirklich bedeutet, nämlich ein methodologisch kritisches Problembewusstsein im Umgang mit Rechtsfragen und Lösungsmöglichkeiten. Die Praxistauglichkeit kann nur aus der Ressource einer ebenso seriösen wie soliden Grundlegung leben, so dass hernach jede Juristin und jeder Jurist befähigt ist,

¹⁰ Man lese SPINOZAS «*Ethica*» (1677) 5P25–42, mithin jene Stellen, die für die Klassiker unserer Kultur prägend waren.

nicht nur vorgegebene Lösungsmuster zu reproduzieren, sondern auf der Grundlage von Gesetz und allgemeinen Rechtsprinzipien autonom und kreativ zu einer konstruktiven Konfliktregulierung beizutragen. Unter diesem Gesichtspunkt darf, denke ich, auch mit der Zustimmung aus der Praxis gerechnet werden, dass das Ausbildungsziel für Juristen und Juristinnen auf die Autonomie der intellektuellen Auseinandersetzung dringen muss. Damit aber wird die intellektuelle Sorge ums Recht selbst zum Kernpunkt der Juristenausbildung.¹¹

II. Das Studium der Rechtswissenschaften im jahrzehntelangen Reformstress

A. Zahlreiche Reformen

Universitäre Reformen sollten nur dann als notwendig erachtet und angegangen werden, wenn sie sich aus den eigenen Gesetzmässigkeiten der Ausbildung ergeben. Werden sie hingegen als Folge von schnelllebigen gesellschaftlichen Veränderungen vorgenommen, dann führen sie zu mehr Problemen als zu Ertrag und Nutzen. Die Universität ist nicht das Ziehkind der Politik oder der Ökonomie, sondern sie muss stets als autonomer Bereich geachtet und beachtet werden. Sie ist zwar weder von der Gesellschaft noch von der Politik oder der Wirtschaft abgekoppelt, soll von diesen Bereichen aber auch in keiner Weise dominiert werden. Es lässt sich indes nicht verkennen, dass diese Autonomie zunehmend bedroht ist.¹² Die Geschichte der Reform des Rechtsstudiums lässt diese kritische Entwicklung erkennen.

Dass die Studienreform, wie zuvor beschrieben, mit der Gesellschaft durchaus zu tun hat, lässt sich an deren Entwicklungen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ansehen. Mit Beendigung des Zweiten Weltkriegs im Jahre 1945 und der Überwindung der Periode des «Kalten Krieges» nach 1991 sowie durch die rasante Entwicklung der verschiedensten Technologien in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verlagerte sich die globale Balance von den einstigen Wirtschaftsmächten des Westens¹³ – den USA, Japan und Westeuropa – immer mehr

¹¹ Siehe auch: SENN (Fn. 6), S. 30ff.

¹² Vgl. dazu: KONRAD SCHMID/MARCEL SENN, Ein wertvolles und fragiles Gut. Über die Freiheit der Wissenschaft, in: magazin. Die Zeitschrift der Universität Zürich 20 (2011) Heft 1, S. 50f.

¹³ Vgl. dazu: HEINRICH AUGUST WINKLER, Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München: C.H. Beck, 2009, und meine Rezension dazu in: ZRG.GA 129 (2012), S. 419ff.

zu Gunsten der neuen Wachstumsmärkte Indien, der Volksrepublik China und weiteren wirtschaftlichen Schwellenländern. Diese Veränderung zeichnet sich nun im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts noch deutlicher ab. Insgesamt stellen diese Entwicklungen einen epochalen Vorgang dar, der weltweit schon zu einer fast beiläufigen, aber grundlegenden Umgestaltung der Gesellschaften führte und noch weiter führen wird. Diese Umgestaltung äussert sich in einer globalen Vernetzung, deren Effizienz durch fortwährende Gleichschaltungen – auch wenn wir dieses Wort nur ungern vernehmen – stabilisiert werden soll.¹⁴ Alleine auf dem europäischen Kontinent bildete sich mit der Europäischen Union, die im Spiel der globalen Kräfte an Stelle der bisherigen Nationalstaaten trat und die zunehmend mehr ökonomische und politische Macht erlangte, eine neue wirtschaftliche und politische Realität mit transnationaler Ausrichtung heraus.

Die zahlreichen Reformversuche in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft der letzten fünfzig Jahre zeitigten aber auch einen geradezu nervösen Reflex des Dauerreformierens auf Universitätsebene, der sich vor allem aus den sozialpolitischen Tagesansichten heraus ergab. Freilich muss im historischen Rückblick auch die Euphorie der Reformer von damals verstanden werden. Ihre Euphorie stellte sich ein, weil nach den beiden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts gesellschaftliche Fehlentwicklungen zu korrigieren und Verkrustungen abzubauen waren.

Diese allgemeine Entwicklung hat sich im europäischen Bildungssystem gegen Ende des 20. Jahrhunderts auch in der Ausgestaltung des Rechtsstudiums niedergeschlagen. Der Nachvollzug bildete sich in einem politischen Perspektivenwechsel von der nationalen zur europäischen und schliesslich zur globalen Betrachtung und Bewertung der Ausbildungsziele ab. So betonte die Sorbonne-Erklärung vom 25. Mai 1998, welche die Grundlage für die Bologna-Deklaration vom 19. Juni 1999 war, die Schlüsselrolle der Hochschulen zur Entwicklung einer europäischen Ausbildung durch Schaffung eines europäischen Hochschulraumes mittels Förderung der Mobilität und der arbeitsmarktbezogenen Qualifizierung seiner Bürger.¹⁵ Insbesondere äusserte sich der Nachvollzug dieser Absichtserklärung in der Fokussierung der Studienreform auf dem Boden der

¹⁴ Zu denken ist unter anderem an Kommunikationstechnologien und Medieninhalte, an die Güterströme und das Konsumverhalten, an den allgemeinen Wissenstransfer und die intensive Verrechtlichung der internationalen Beziehungen.

¹⁵ Vgl. http://www.bmbf.de/pubRD/bologna_deu.pdf, zuletzt besucht am 24.8.2011; insb. auf S. 2 der Bologna-Erklärung mit Bezug auf die Sorbonne-Erklärung. Zum Vergleich die Sorbonne Joint Declaration, http://www.bologna-bergen2005.no/Docs/00-Main_doc/980525SORBONNE_DECLARATION.PDF, zuletzt besucht am 21.2.2013.

betriebsökonomischen Effizienz.¹⁶ Der dadurch ausgelöste Reformstress führte allerdings vielfach auch zu Irritationen und infolgedessen zur Schwächung der universitären Autonomie und ihres Ausbildungspotenzials. Die universitäre Ausbildung wurde und wird durch diese Dauerreformen erheblich belastet. Das traditionelle, auf Selbstverantwortung und Intellektualität ausgerichtete Studium wird so zunehmend verschult, indem die Studierenden ausschliesslich den Pflichtstoff ablernen müssen, um möglichst rasch weiterzukommen.¹⁷ Denn der hohe Lern-Output unter Zeitdruck und nicht die schrittweise Reifung ist zum Erfolgsfaktor auf universitärer Ebene geworden. Danach richtet sich das Programm im Geiste von «Neu-Bologna».

B. Bologna oder «Bologna»?

Diese neue Harmonisierungsbestrebung verbindet mit der Selbstbezeichnung «Bologna-Reform» bewusst, aber zu Unrecht die Assoziation auf eine im Mittelalter veritabel gewachsene europäische Bildungskultur auf Ebene der Universität. Denn in Bologna entstand gegen Ende des 11. Jahrhunderts jenes Universitätsstudium, das die mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Gesellschaften in Europa¹⁸ massgeblich entwickeln half.¹⁹ Die ursprüngliche Initiierung eines universitären Studiums im hohen Mittelalter sollte neunhundert Jahre später somit nachgedoppelt werden. So stehen sich gewissermassen ein Alt- und ein Neu-Bologna gegenüber.

Die Veränderungen, die sich infolge der neuen Reform mit ihren bildungs- und gesellschaftspolitischen Auswirkungen ergeben, sind freilich – so lässt sich heute schon erkennen – in der Tat mit jener Initialisierung von 1100 oder auch mit der späteren Umstellung vom mittelalterlichen auf den humanistischen Ausbildungs-

¹⁶ Vgl. dazu: RICHARD MÜNCH, Globale Eliten, lokale Autoritäten. Bildung und Wissenschaft unter dem Regime von PISA, McKinsey & Co., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2009, S. 13ff.

¹⁷ Vergleiche die Stellungnahme des Vorstandes der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie aus dem Jahre 2001 (PHILIPPE MASTRONARDI/KURT SEELMANN/MARCEL SENN/JEAN-CLAUDE WOLF, Wissensvermittlung oder Studium? Das Bologna-Modell am Beispiel der Rechtswissenschaft, Neue Zürcher Zeitung vom 30.5.2001, S. 15).

¹⁸ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten, in: Hans-Ulrich Rüeggger/Martina Arioli/Heini Murer (Hg.), Universitäres Wissen teilen – Forschende im Dialog, Zürich: vdf Hochschulverlag, 2009, S. 145ff., s. Beitrag 7, S. 119–126.

¹⁹ WALTER RÜEGG, Themen, Probleme, Erkenntnisse, in: Ders. (Hg.), Geschichte der Universität in Europa, Bd. I, München: C.H. Beck, 1993, S. 27ff.

stil im 16. Jahrhundert vergleichbar.²⁰ Jenseits der Beurteilungsklischees einer vormodernen Historiographie «vom dunklen Mittelalter», dem «humanen, aufgeklärten und freien Gesellschaftsleben der Neuzeit» und «dem Aufkommen der Vernunft im Humanismus» (so als ob es im hohen und späten Mittelalter noch keine Vernunft gegeben hätte), lässt sich doch eine Parallele zwischen dem Gestern und dem Heute feststellen. Wir können nämlich die unterschiedlichen Auffassungen von Vernunft in der Architektur des Mittelalters und der Renaissance beobachten und durch Übertragung dieser Beobachtung auf die Zeitgeschichte verstehen, was heute mit unserem Denken passiert. Die Architektur der spätmittelalterlichen Gotik zeigte die Vielfalt der Vernunft. Sie schoss mit ihren vom Boden aufstrebenden filigranen Pfeilern ins Dachgewölbe, gleichsam ins Himmelszelt empor, wo sich alle diese – auch gegensätzlichen – Strebungen des Lebens in einem als Relief gestalteten, farbigen Schlussstein zusammenfügen. Dadurch verband sich auf symbolischer Ebene die Immanenz des Daseins mit der göttlichen Transzendenz. Dieser Baukonstruktionstechnik entsprach auf der intellektuellen Ebene die mittelalterliche Dialektik, welche die damals anerkannten Argumente nicht auf eine lineare Abfolge von Ursachen und Wirkungen reduzierte, sondern vielmehr die Vielfalt der gegensätzlichen Argumente – und somit auch die Vielfalt der Wirklichkeit selbst – methodologisch wie eben auch architektonisch abbildete, indem sie diese analog zum Schlussstein in der Baukunst in einer gedanklichen Synthese der Gegensätze auffing. Dagegen widerspiegelte sich die neue «Ratio» aus der Epoche von Renaissance und Humanismus in den massiven, ebenso klassischen wie geradlinigen Bauten. Hier herrschte unter kühler Eleganz und unter unverhohlenen irdischer Machtfülle jene Form- und Reformstrenge, die alles auf dieselbe horizontale Linie hin formte, um Klarheit und Einheit zu generieren. Die vertikal aufstrebende Vielfalt wurde damit gebrochen und horizontal eingeebnet. Der lineare Reduktionismus in der Architektur im Zeitalter der Renaissance findet sodann auch Parallelen im Wissenschaftsprogramm und in der Gesellschaft des 16. und des 17. Jahrhunderts. Die neue Gedankenstrenge erklärte die alte Vielfalt als Unübersichtlichkeit und reduzierte deren Fülle auf die kausale Linearität. So wurde die Vielfalt und Komplexität des spätmittelalterlichen Denkens aus der linearen Sichtweise der frühen Neuzeit zum unnützen Ballast erklärt, welcher der Klarheit des betont eigenen Denkens bloss im Wege stand. Aufgrund dieser neuen Klarheit und Stringenz wandte man sich der konkreten Natur zu, es erfolgten Entdeckungen und es wurden sodann technologi-

²⁰ Die Bildungsreform nach der Französischen Revolution, an der Schwelle zum bürgerlichen Zeitalter von 1800, brachte keine vergleichbar tiefgreifende Umwälzung, da dieser Vorgang eher eine Optimierung des humanistischen Ansatzes des 16. Jahrhunderts darstellte.

sche und medizinische Fortschritte erzielt, die das Vertrauen der Menschen in ihr Dasein gemäss dem Prinzip der Immanenz und ihr Selbstvertrauen in die eigene Vernunft wachsen liessen. Wie der Vernunftbegriff immer mechanischer und geometrischer wurde, so gründete auch der Absolutismus in Geist und Politik auf diesem Mythos der linearen und kausalen Ratio.²¹

Nicht unähnlich produziert sich der gegenwärtige Bologna-Reformprozess europaweit als die grosse Innovation. Dieser grossangelegte Prozess hat schon nach kurzer Zeit seine eigene Reformleistung in Bezug auf die Schaffung eines einheitlichen europäischen Hochschulraumes betont und sich damit gegen die Vielfalt der bisherigen Ausbildung abgegrenzt. Doch während die Reform ausgangs des Mittelalters zur erklärten Befreiung des Individuums von Bevormundungen aller Art gesehen und genutzt wurde, wird nunmehr geradewegs umgekehrt die Notwendigkeit der systemischen Integration der universitären Vielfalt ins Netzwerk der so genannten Europa-Kompatibilität gefordert, die sich überdies mit den Argumenten der wirtschaftlichen Nützlichkeit und Berechenbarkeit paaren soll.²²

C. Die «metaphysische» Reform im Namen Europas

Doch längst schon vor der Bologna-Reform war die Studienreform ein Thema. Die Reformdiskussion der Juristenausbildung ist gewiss mehr als fünfzig Jahre alt. Ende der sechziger Jahre wurde vor dem Hintergrund einer breiten Gesellschaftskritik intellektueller Kreise ein vielseitig interessierter und reflektierender Juristenkopf gesucht, welcher den Erwerb von profunden Kenntnissen in der Rechtswissenschaft nicht alleine als eine handwerkliche Fertigkeit, sondern vielmehr als seine intellektuelle Lebens- und Berufsaufgabe verstand.²³ Diese hier nur angedeutete Reformdiskussion lässt sich unter dem des im damaligen Zeitgeist stehenden «richtigen» Jurastudiums thematisieren, in dessen Zentrum die Frage nach einer substanziellen wie methodologischen Qualitätsverbesserung

²¹ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 4. A. 2007, S. 184ff., 250ff.

²² So etwa: ROBERT PFALLER, Der Kampf gegen die Fortentwicklung der Universität zur repressiven Attrappe, in: Johanna-Charlotte Horst et al. (Hg.), Was passiert? Stellungnahmen zur Lage der Universität, Zürich: diaphanes 2010 (= Unbedingte Universitäten), S. 41ff.; URSULA PIA JAUCH, Kann man Forschung wie Spitzensport betreiben? Effizienzdenken an den Hochschulen unterwirft die Wissenschaft der Nutzenlogik, in: Tages-Anzeiger vom 31. Mai 2011, S. 27; diese Aspekte bereits 2001 betont in: Mastronardi/Seelmann/Senn/Wolf (Fn. 17), S. 15.

²³ Vgl. DIETRICH OEHLER, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München: C.H. Beck, 1970, S. 115ff.

der Ausbildung stand. Nur schon zehn, zwölf Jahre später werden dann bereits pragmatischere Fragen der Beschleunigung und der Vereinfachung des Studiums anvisiert; es wird nun nach einem «Einheitsjuristen» gesucht.²⁴

Womöglich lässt sich sagen, die Bologna-Reform sei nun die «letzte», gleichsam die «metaphysische», die alles neu konstituiere. Denn blickt man auf die im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts in Europa durchgeführte Bologna-Reform zurück,²⁵ so lässt sich eine Verlagerung des Diskussionsschwerpunktes vom wissenschaftlichen Kerngeschäft zu den sozialen Befindlichkeiten und den europolitischen Bedürfnissen feststellen. Ich zeige dies am Beispiel der Schweiz.²⁶ So wird untersucht, wie die Studierenden angesichts ihrer sozialen und wirtschaftlichen Situation mit ihren konkreten Bedürfnissen im Studium zurechtkommen,²⁷ oder wie die Rollen der Geschlechter im neuen Bologna-System funktionieren²⁸, oder ob und wie die Mobilität der Studierenden von statten geht.²⁹ Dieser letzte Aspekt ist durchaus folgerichtig, waren doch die beiden Hauptbeweggründe für die Einführung des Bologna-Studiums die Studienzeitverkürzung und die Mobilität der Studierenden innerhalb Europas.³⁰

Die beiden Parameter der europäischen Integration forderten vielfache Effizienzsteigerungen und prägten den Willen zur Harmonisierung der bislang national ausgestalteten Studiengänge im Bereich der Fachhochschulen und der Universitäten im europäischen Raum. Das hat sein Gutes, soll dadurch doch eine kulturelle und mentale Öffnung erreicht werden. Doch soweit die Mobilität auf Hochschulebene als Garant für die politische Homogenität Europas firmieren soll, wird die

²⁴ Vgl. HUGO SEITER, *Juristenausbildung zwischen Tradition und Reform*, Konstanz: UVK, 1982, S. 9ff.

²⁵ Die Reform wird öfters aus der Sicht der EU-Staaten, das heisst ohne Einbezug der Schweiz, abgehandelt, vgl. dazu insbesondere: Christian Baldus/Thomas Finkener/Thomas Rübner (Hg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

²⁶ Vgl. die vom Bundesamt für Statistik der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Kooperation mit der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten verfassten Berichterstattungen, abrufbar unter: <http://www.crus.ch/information-programme/lehre-bologna/bologna-ects-in-der-schweiz/publikationen-ueber-die-bolognareform-in-der-schweiz.html>, zuletzt besucht am 21.2.2013.

²⁷ Bundesamt für Statistik (Hg.), *Studieren unter Bologna. Hauptbericht der Erhebung zur sozialen und wirtschaftlichen Lage der Studierenden an den Schweizer Hochschulen 2009*, Neuenburg: BFS, 2010.

²⁸ Bundesamt für Statistik (Hg.), *Frauen und Männer im Bologna-System. Indikatoren zu den geschlechtsspezifischen Unterschieden an den universitären Hochschulen*, Neuenburg: BFS, 2009.

²⁹ Bundesamt für Statistik (Hg.), *Bologna-Barometer 2010. Auswirkungen der Bologna-Reform auf die Studierendenströme und auf die Mobilität im Schweizer Hochschulsystem*, Neuenburg: BFS, 2010.

³⁰ MARCEL SENN, *Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform*, in: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 1 (2010) Heft 2, S. 218ff.

Institution der Hochschule für einen politischen Prozess benutzt. Daher handelt es sich bei der Studienreform aus dem Geiste von Neu-Bologna auch nicht um eine universitäre und intellektuelle Reformdiskussion betreffend die qualitative Optimierung des universitären Studiums, im Besonderen des Rechtsstudiums, sondern vielmehr um eine von der Fachperspektive gerade abgespaltene, top-down gesteuerte politische Debatte, die alles in grossen und groben Zügen unter formale und quantitative Richtlinien zwingt. Wie dies bei solch generell-abstrakten wie formalen, zuweilen auch Freiheiten offen lassenden³¹ Reformen letztlich ist, sie dienen der Unterwerfung der bisherigen Vielfalt der Strukturen – gleichviel, ob diese als gut oder als schlecht einzustufen sind –, und geschehen im Namen der «neuen Form».³² Aus diesem Grunde gelten dann folgerichtig auch jegliche Inhalte als nachrangig.

Wenn die Integration von Europa via Hochschulreform angesteuert wird, so ist dies, wie gesagt, ein Politikum, indessen keine sachliche Notwendigkeit, die sich aus dem Studium selbst ergäbe. Diese Umsetzung war aber der falsche Weg, um selbst dieses Ziel zu erreichen. Sie hätte nicht von oben nach unten erfolgen sollen, gewissermassen aus dem frommen Irrglauben, alles Gute komme von dort, sondern sie hätte vielmehr im Vertrauen auf die Kräfte der Universitäten von unten nach oben allmählich entstehen sollen. Im Bereich der Universität hätte dies geheissen, dass das schrittweise Zusammenwachsen einer europäischen Hochschullandschaft über den Parameter der Qualität von Forschung und Lehre sowie über den Wettbewerb der Ideen (nicht, wie heute durch quantitative Aspekte) hätte erzielt werden sollen. Was heute vor sich geht, ist bloss eine formale Harmonisierung über äussere, gewissermassen betriebliche Strukturfaktoren. Gewiss, darin kann etwa ein Vorteil für die Universitätslandschaft des vormaligen Ostblocks gesehen werden, doch für jene Länder innerhalb Europas, die traditionell einen hohen Autonomiegrad der Universität kannten, ist dies kein Segen.

Mit Ernüchterung ist festzustellen, dass die beiden Hauptziele, die Studienzeitverkürzung und die Mobilitätssteigerung, weder in der Schweiz noch in Deutschland erreicht worden sind.³³ Schliesslich muss es als inakzeptabel betrachtet wer-

³¹ Die Zürcher Universität, an der der Schreibende lehrt, gehört freilich zu den Musterbeispielen, welche die Vorgaben der Bologna-Reform mit erschreckender Beflissenheit umgesetzt haben.

³² Erhellend dazu: JENS MAESSE, Die vielen Stimmen des Bologna-Prozesses. Zur diskursiven Logik eines bildungspolitischen Programms, Bielefeld: transcript, 2010, insbes. S. 21 ff. und 258 ff.; ferner: MÜNCH (Fn. 16), S. 20 ff.

³³ Zur Studiendauer des Studiums der Rechtswissenschaft: vgl. das Dokument vom Bundesamt für Statistik (BFS), abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/17/blank/01.indicator.404206.4064.html>, zuletzt besucht am 24.8.2011. Zur nicht erfolgreich umgesetzten

den, dass das politische Re-Form-Ziel der europäisch harmonisierten Studiengänge mit Folgerichtigkeit die bisher gesetzlich oder sogar verfassungsmässig gewährleistete Autonomie der Institution Universität auf nationalstaatlicher Ebene zersetzt, und zwar ganz bewusst zu Gunsten der übergreifenden formalen Europäisierung.³⁴ Die Bologna-Reform entpuppt sich dadurch auch als ein Angriff auf die traditionelle, an der Individualität orientierten Intellektualität, die bislang die nationalstaatlichen Gesellschaften von innen heraus gestaltete, in der Vergangenheit oft sogar auch umgestaltete. Sie vereinnahmt dadurch die europäischen Gesellschaften mitsamt ihrer Intelligenz unter das Mass der Gleichförmigkeit.³⁵ Hinzu kommt mit Blick auf die Schweiz, dass diese Reform hierzulande ohne den dazu erforderlichen politischen Prozess förmlich von oben aufoktroziert worden ist.³⁶

Die selektiven Kriterien der Beschleunigung und des Betriebserfolges, die dem Bologna-Programm implementiert sind und mit denen die künftigen politischen Akteure ihrer Gesellschaften frühzeitig (das heisst schon zur Zeit ihrer Ausbildung) vertraut gemacht werden, geben damit den Takt des Prozesses wie das Mass der neuen Gleichförmigkeit vor. Wer den Bologna-Drill am eigenen Leib mitmachen und erfahren musste, ist sodann schon neu ausgerichtet und funktioniert entsprechend. Sie und er kennen dann nichts anderes. Das ist die radikalste Kur zur Umgestaltung der Gesellschaften in Europa, um diese gleichzeitig auf regionaler und nationaler Ebene zu entkräften.³⁷

Mobilitätserhöhung siehe Dokument «Bologna Barometer 2012», Bundesamt für Statistik (Hg.), Bologna Barometer 2012, Neuenburg: BFS, 2013, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/22/publ.Document.165793.pdf>, zuletzt besucht am 21.2.2013; die Befunde bestätigend «Bologna Barometer 2013», abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/06/dos/blank/03/02.html>, zuletzt besucht am 4.11.2015. Mit deutlichen Worten zur allgemeinen Lage der Universitäten in Deutschland und dem Versagen des neuen Modells: JULIAN NIDA-RÜMELIN, Zur Aktualität der humanistischen Universitätsidee, in: Horst u.a. (Fn. 22), S. 131ff.

³⁴ Der angenehme, liberal erscheinende Sprachduktus, in dem Neu-Bologna geschrieben ist, macht den Reformdruck – oberflächlich betrachtet – etwas erträglicher, jedoch letztlich auch ein Stück weit immuner gegen Kritik.

³⁵ Vgl. dazu auch: MÜNCH (Fn. 16), S. 31ff.

³⁶ Vgl. dazu: SENN (Fn. 30), S. 218ff.

³⁷ Vgl. NIKLAS LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1990, S. 653ff. LUHMANN zeigt, dass die Wissenschaft auch Wissen generiert, das nicht aufgrund einer Aussennachfrage entsteht, und dass Wissenschaft auch nicht nur den Wissensbedarf einer Gesellschaft befriedigt, sondern dieses Bedürfnis vielfach (bewusst) irritiert, worin letztlich ein indirekter gesellschaftlicher Nutzen zu erkennen ist.

Dies alles mag politisch durchaus wünschenswert sein. Doch was hat man historisch betrachtet nicht schon alles getan, um eine hehre Idee rasch zu realisieren? Daraus kann jedoch auch schnell eine Art von Despotismus werden, der sich im Bereich der Universität weniger hehr als vielmehr verheerend ausnimmt. Dieser Schnellreformismus hat dann auch harte Konsequenzen für das universitäre Studium. Einer der diesbezüglich zentralen Kritikpunkte an der Bologna-Reform ist, dass und wie das Substanzielle immer irrelevanter und beliebiger geworden ist. Dies äussert sich offensichtlich darin, dass nicht mehr der Stoff, sondern immer mehr die modulare Anlernstufe im Blickfeld ist.³⁸

Der Student – die einstige Verkörperung des intellektuell freien Menschen – wird durch das Bologna-System zu einem Abhängigen konditioniert, der an der Universität lernt, wie man sich einfügt und prüfungstechnisch erfolgreich ablernt, wie die vorgetragenen Wissens Elemente zu reproduzieren sind, der jedoch sich und seine Intellektualität im Studium immer weniger wahrnehmen und entwickeln kann. Damit tritt für die Studierenden die Frage in den Vordergrund, wie man ein Studium möglichst rasch und dennoch erfolgreich absolviert. Schnelllerner, die ihr Hirn rasch wieder vom Ballast des vorangegangenen Semesters entlasten können, sind die Profiteure. Das Nachsehen hat, wer sich mit der Materie auseinandersetzt, Probleme erkennt und die Dinge hinterfragt, denn die Zeit – eine ökonomische Ressource erster Priorität auch im Studium – fehlt hierfür. Der Punkterwerbsdrill verlangt, dass nur so viel Lernzeit zur Verfügung steht, wie dem Modul Punktwerte zugeordnet sind. Dies macht in der neuen Lesart auch durchaus Sinn, denn die Universität stellt ohnehin keinen Höhepunkt des Lernens mehr dar, sondern ist bloss noch eine von vielen Stufen im euphemistisch gepriesenen Konzept des lebenslangen Lernens.³⁹

Wer sich dem nicht unterzieht, schliesst sich selbst aus. So richtig die Erkenntnis ist, dass Menschen während ihres ganzen Lebens lernen (sollen bzw. müssen), so falsch ist es jedoch, diese wichtige Erkenntnis zu instrumentalisieren, um die Leute für das permanente Abprüfen während des Studiums gleichsam dauergefällig zu halten. Als Folge dieser systemischen Dauergefälligkeit werden immer mehr Erleichterungen zu Lasten der Substanz in den Prüfungsanforderungen zu-

³⁸ Vgl. ANTONIO LOPRENIO, 10 Jahre Bologna-Reform, in: Bulletin. SAGW (2010) Heft 2, S. 44. Der Präsident der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten führt als zweites Kriterium des Erfolgs der Bologna-Reform die Modularisierung an (abrufbar unter <http://www.sagw.ch/sagw/oeffentlichkeitsarbeit/bulletin/bulletin-2009.html>, zuletzt besucht am 21.2.2013).

³⁹ Vgl. dazu: NADJA-VERENA PAETZ, Der Bologna-Prozess, in: Ders., Nadja-Verena Paetz/Firat Ceylan/Janina Fiehn/Silke Schworm/Christian Harteis (Hg.), Kompetenz in der Hochschuldidaktik, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2011, insb. S. 26.

gestanden. Es ist schon fast ein Gebot der Menschlichkeit, diesen Druck ein Stück weit zu mildern. Dadurch aber nehmen Stoffbreite und Stofftiefe ab, zusammengehörige Gesichtspunkte werden zunehmend in kleinere Einheiten fragmentiert. Alles konzentriert sich letztlich auf die modularisierte Erwartung des Glücksmoments, mit einer Anzahl Punkten belohnt zu werden. Dadurch werden die Punkte eines Lernmoduls selbst und nicht mehr die Lerninhalte zum eigentlichen Ziel des Studiums.

Dass es nicht mehr in erster Linie um Inhalte oder substanzielles Denken geht, zeigt sich freilich noch folgeschwerer im Aspekt der so genannten Durchlässigkeit zwischen den Fachrichtungen. Die sogenannten «fachlichen» Richtungen werden angesichts der propagierten Durchlässigkeit zweitrangig: Das Charakteristische eines bestimmten Fachbereichs, einer Forschung, einer Fragestellung tritt ins zweite Glied zurück, um der Realisierung der Grossraumidee eines fachhochschul-universitären Vereins «Europa» Platz zu geben. Die Frage, welchen Nutzen die Gesellschaft letztlich daraus ziehen kann, bleibt jedoch unbeantwortet.

III. Der steinigere Weg zu einer Elite-Rechtsfakultät

A. Keine Demokratie ohne intellektuelle Elite

Wenn im Folgenden vom Ziel einer Elite-Rechtsfakultät gesprochen wird, so wird damit gerade kein Angriff auf demokratische Strukturen lanciert, sondern, im Gegenteil, danach getrachtet, die demokratischen Strukturen einer Gesellschaft besonders zu stärken. Die Herrschaft aller wird dann gut gelingen, wenn sich die jeweils Besten als Funktionsträger zur Verfügung stellen. Darin liegt ein grosser Vorteil von Demokratien, dass sie im Gegensatz zu oligarchischen Strukturen über eine grössere Auswahl an Fähigen verfügen, was eben gerade nicht auch heisst, dass jede und jeder für ein bestimmtes oder überhaupt für ein Studium befähigt ist.⁴⁰ Dieser Vorteil, den die Demokratie mit Blick auf ihre Elite-

⁴⁰ Einzig Talent und Willen und nicht der soziale Hintergrund ist für die Auswahl entscheidend, auch wenn die faktische Relevanz des «social background» nicht verkannt wird, ob junge Menschen an die Universitäten herangeführt werden. Es darf jedoch nicht dazu führen, dass «soziale Quoten» die wirklich Begabten und Leistungswilligen ausschliessen könnten, um eine egalitäre Chancengleichheit zu realisieren (vgl. zu diesem Problem, vor allem in den USA, RODNEY ARAMBEWELA, Student Experience in the Globalized Higher Education Market. Challenges and Research Imperatives, in: Felix Maringe/Nick Foskett [Hg.], Globalization and Internationalization in Higher Education. Theoretical, Strategic and Management Perspectives, London/New York: Continuum, 2010, S. 155ff., insb. 158f.).

Bildung besitzt, ist deshalb klug zu nutzen. Denn aus universitärer Sicht kann und darf das Ziel nicht sein, dass man das Niveau dermassen tief schraubt, damit es am Ende einfach alle schaffen müssen.

Wenn also hier von Elite die Rede ist, so ist damit ausschliesslich der Bereich des Intellektuellen angesprochen, fern jeglichen elitären Gehabes.⁴¹ Deshalb kann es auch kein Makel sein, eine Elite der Könner auszubilden. Freilich muss aus Sicht der Fähigen auch klar sein, dass sie ihr Können – zumindest teilweise – für die demokratisch organisierte Gesellschaft einsetzen und sich an deren Wohlergehen auch finanziell entsprechend beteiligen.⁴² Dies gehört ebenfalls zum Aspekt der Ethik eines Rechts- und Gesellschaftssystems.⁴³

B. Erfordernisse und Massnahmen

So haben unlängst DAVID PALFREYMAN und TED TAPPER festgestellt,⁴⁴ welche Grundbedingungen eine Elite-Universität zu erfüllen hätte. Sie muss über eine qualitativ sehr hochwertige Forschung sowie über eine entsprechend hohe Qualität in der Lehre verfügen. Was von den Universitäten verlangt wird, gilt selbstverständlich auch für Fakultäten. Vier Erfordernisse sind hierbei insbesondere zu erfüllen: 1. Ein Selbstverständnis für eine globale Mission mit hoher Mobilität von Dozierenden und Studierenden,⁴⁵ 2. die Konzentration auf eine intensive wissenschaftliche Forschung in einer teamorientierten, international und interdisziplinär kooperierenden Forschungsgemeinschaft, 3. die Förderung junger Talen-

⁴¹ Vgl. dazu: WOLFGANG ERNST, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus Sicht des Zivilrechtlers, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007 (= *Recht-Wissenschaft-Theorie*, Bd. 1), S. 3 ff., insb. S. 13, wo der Autor schön erklärt, wie diese Kommunikation zwischen Experte und Laie funktionieren kann.

⁴² Der zwischenmenschliche Respekt muss, auch dies sei dezidiert gesagt, davon unberührt bleiben. Die beiden Ebenen von Respekt und Talent dürfen nicht vermengt werden. Ebenfalls klar sein muss, dass der soziale und finanzielle Ausgleich zwischen den Schichten stets zu gewährleisten ist, insofern das gesamtgesellschaftliche Interesse sowohl bei der Berücksichtigung der Elitebildung wie bei der Gewährleistung der Stabilität der Gesellschaft massgeblich ist.

⁴³ Zum letzten Aspekt vgl. SENN (Fn. 6), S. 18 ff., 20 ff.

⁴⁴ DAVID PALFREYMAN/TED TAPPER, *What is an 'Elite' or Leading Global University?*, in: Dies. (Hg.), *Structuring Mass Higher Education. The Role of Elite Institutions*, New York: Routledge, 2009, S. 203 ff.

⁴⁵ Zu den grundsätzlichen Problemen vgl. insb. ULRICH TEICHLER, *Internationalising Higher Education. Debates and Changes in Europe*, in: Dimitris Mattheou (Hg.), *Changing Educational Landscapes. Educational Policies, Schooling Systems and Higher Education – a Comparative Perspective*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2010, S. 263 ff., insb. 279 f.

te auf globalem Niveau, und 4. eine diversifizierte, auf Fundraising basierte hohe Eigenfinanzierung der Institutionen.

Auch wenn den ersten drei Gesichtspunkten grundsätzlich beigespflichtet werden kann, erscheint der Gesichtspunkt der weitgehenden Eigenfinanzierung eher problematisch. Es kann (muss aber nicht) zu Abhängigkeiten kommen und die Autonomie der Wissenschaft kann gefährdet sein, genau so, wie dies heute offensichtlich der Fall ist, dass die Universitäten weitgehend von der einen Finanzquelle des Staates abhängen, der ihnen deshalb auch das Vereinheitlichungsprogramm à la Bologna aufoktroyieren konnte. Richtigerweise müsste die finanzielle Eigenfinanzierung daher etwa durch eine universitär selbstverwaltete Stiftung ermöglicht werden.

Es ist klar, dass die kontinentaleuropäischen Universitäten und deren Fakultäten diese Anforderungen heute nur teilweise erfüllen, erfüllen können. Einen solchen Spitzenplatz kann aber auch nur erzielen, wer aus dem Sumpf des permanenten Reformstresses heraustritt, dem die mitteleuropäischen Rechtsfakultäten seit Jahrzehnten unterworfen sind. Dieser Stress verschlang bislang Unmengen an (nicht nur) wirtschaftlichen Ressourcen.⁴⁶ Die universitäre Lehre muss vielmehr von den Fakultäten – als den Unternehmern – wieder selbst verantwortet werden können, insofern auch alleine hier die erforderliche Fachkompetenz besteht. Erst dann wird der unsinnige und volkswirtschaftlich unverantwortbare Ressourcenverschleiss enden.⁴⁷ Denn Fakultäten, die sich im Bildungsmarkt nicht mit einem klaren Profil und durch hohe Qualitätsstandards positionieren, verlieren bald ihren Marktanteil, weil sie dann als Billig-Label-Institutionen gehandelt werden. Profitieren wird diejenige Fakultät, die ein ebenso kreatives wie anspruchsvolles Ausbildungsniveau hat und die die Studierenden auch tatsächlich sachlich fordert und fördert. Denn die Studierenden wollen an einer renommierten Fakultät das Studium abschliessen und promovieren, weil es einen Unterschied macht, wo man studiert hat.

Nach diesem Prinzip der Qualität kann – und vor allem sollte – die europäische Bildungslandschaft gleichsam bottom-up auf natürliche Weise zusammenwachsen.⁴⁸ Ich denke, dass die europäischen Universitäten unter diesem Gesichtspunkt

⁴⁶ Vgl. dazu: SENN (Fn. 30), S. 219ff.

⁴⁷ Die Politik hat meines Erachtens auf weiten Strecken versagt, denn sie hat Geld und Chancen vertan sowie die gesellschaftspolitischen Fallstricke nicht gesehen.

⁴⁸ Auch müssen die falsch gesetzten Top-Ziele der kürzeren Studienzeiten und der erhöhten Mobilität, so sehr die Optimierung auch dieser Bedingungen wünschenswert ist, zu Nebenzielen erklärt werden. Wenn auch sie erreicht werden können, ist es gut, aber sie können und dürfen nicht das

ihre Chance haben, in Forschung und Lehre international auf hohem Niveau mitzuhalten. Bei rechtem Verständnis könnte insbesondere ein klug geführtes Assessment den Studierenden auch helfen, auf die richtige Spur ihres Berufslebens zu gelangen.⁴⁹ Denn ein lebenslanges Lernen macht nur dann Sinn, wenn man von denjenigen, die es eigentlich besser verstehen sollten, von Anfang an ernst genommen und aktiv unterstützt wird. Die Professorenschaft muss in dieser Hinsicht mehr in die Verantwortung genommen werden. Dazu gehört insbesondere auch das klare und klärende Urteil, dass jemand nicht weiter studiert, wenn mittels Examination im Assessment festgestellt wird, dass die grundlegende Eignung (und sei es allenfalls auch nur der Leistungswille) für das spezifische Studium nicht vorhanden sind. Daraus ist für die betroffene Person nichts anderes abzuleiten, als dass sie eben nicht über die für das spezifische Fach notwendigen Fähigkeiten verfügt, und dass sie sich in Ausbildung und Beruf rechtzeitig anders orientieren sollte.

In diesem Zusammenhang wird oftmals die falsche Milde mit dem Argument der Chancengleichheit zu stützen versucht. Chancengleichheit im Studium heisst aber nur, dass alle, welche die Voraussetzungen, die Leistungen und somit auch den Leistungswillen für ein Studium mitbringen, die Chance zum Studium haben sollten, und zwar unabhängig von der Frage des Geldes. Doch genau hier hapert es von staatlicher Seite, weil finanzielle Ressourcen hierfür angeblich fehlen. Die Verwendung des Arguments der Chancengleichheit ist daher inkorrekt. Denn es ist sinnwidrig, Studierende in einem Studium zu behalten, die offensichtlich über gewisse Voraussetzungen nicht verfügen, sei es auch, weil sie von ihrer Mittelschule her nicht die notwendigen Voraussetzungen mitgebracht haben. Denn es sind nachher eben diese Leute, die permanent Schwierigkeiten haben, und die daher auch nach besonders zeitintensiver Zuwendung oder ständig nach einem einfacheren Studium verlangen. Vergessen geht dann schnell, dass es dagegen gerade die Aufgabe der Universität wäre, die wirklich Fähigen und Willigen zu fördern und zu unterstützen, und hierfür die Ressourcen bereit zu stellen.

Hauptziel sein. Es zählt einzig die Qualität. Zuerst müssen daher die Grundbedingungen für eine qualitativ hochwertige Ausbildung wieder stimmen.

⁴⁹ Während im anglo-amerikanischen System die Universitäten eine Selektion der Kandidaten und Kandidatinnen betreiben, fehlt diese im kontinentaleuropäischen System weitgehend. Hier erhält grundsätzlich jedermann mit Abitur bzw. Matura die Zulassung zur Universität; dies ist problematisch, insofern diese Abschlüsse kaum vergleichbar sind. Daher könnte ein seriös durchgeführtes Assessment insbesondere auch den Studierenden helfen, ihre wirklichen Befähigungen zu evaluieren.

IV. Das Ziel des Rechtsstudiums

A. Recht und Wissenschaftsethos

Das im hohen Mittelalter entstehende universitäre Studium war in den damaligen drei Kerndisziplinen Theologie, Medizin und Recht zunächst vor allem einmal ein theoretisches Studium, meist anhand und über antike Texte.⁵⁰ Entsprechend beschäftigte sich die Jurisprudenz vorwiegend mit römischem Recht (oder was man dafür hielt), auch in kirchlich kanonisierter Form.⁵¹ Sie öffnete sich der Praxis erst allmählich, insbesondere über die prozessuale Gutachtertätigkeit der Professoren seit dem 14. Jahrhundert. Man hatte es also in den ersten zwei bis dreihundert Jahren von Bologna vor allem mit einem hermeneutischen Seminar zu tun, das sich mit den Grundfragen zum richtigen Recht anhand alter Textstudien auseinandersetzte.

Doch auch nach der Hinwendung zur Praxis hat sich die Jurisprudenz nie als eine direkt praktisch orientierte Wissenschaft, die unmittelbaren Nutzen zu erzeugen hatte, verstanden.⁵² Immer standen Intellektualität und Charakterbildung des jungen Menschen, der an einer Universität ausgebildet wurde und der sich für das Recht grundsätzlich interessierte, im Vordergrund.⁵³ Das war – mit Ausnahme der Perioden der bekannten staatspolitischen Instrumentalisierungen der Universitäten in den West- und Ostregimes –, noch bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein der Fall. Der Ruf nach unmittelbarer Praktikabilität und Nutzenorientierung des Rechtsstudiums kam erst mit dem Massenstudium und der allgemeinen Akademisierung breiter Schichten sowie mit den aus den USA importierten *Law Firms* auf. Diese Trends wurden dann durch Theorieansätze

⁵⁰ Vgl. die Beiträge zu den einzelnen Studiengängen in: RÜEGG (Fn. 19). Zu den Rechtsfakultäten vgl. ANTONIO GARCIA Y GARCIA, Die Rechtsfakultäten, S. 343ff., insb. S. 347ff.; zu den medizinischen Fakultäten: NANCY SIRAI, Die medizinische Fakultät, S. 321 ff., insb. S. 334 ff.; zu den theologischen Fakultäten: MONIKA ASZTALOS, Die theologische Fakultät, S. 359ff., insb. S. 387ff.

⁵¹ Vgl. dazu die Aufsatzsammlung von PETER WEIMAR, Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter, Goldbach: Keip, 1997 (= Bibliotheca eruditorum, Bd. 8); ferner: WINFRIED TRUSEN, Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, Goldbach: Keip, 1996 (= Bibliotheca eruditorum, Bd. 23); PETER LANDAU, Kanones und Dekretalen, Goldbach: Keip, 1997 (= Bibliotheca eruditorum, Bd. 3).

⁵² Vgl. dazu die Referate von HANS WIELING (Juristenausbildung im Mittelalter) und YVES MAUSEN (Juristenausbildung in Frankreich in der frühen Neuzeit), mitsamt den Diskussionsbeiträgen dazu, in: Baldus/Finkenauer/Rüfner (Fn. 25), S. 47ff. und S. 65ff.

⁵³ Siehe zuvor Fn. 2 und 50.

wie insbesondere die Ökonomische Analyse des Rechts⁵⁴ noch gestärkt.⁵⁵ Das Selbstverständnis von Universität und Rechtsfakultäten wurde in den letzten zwei, drei Dezennien über solche Trends aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft allmählich verändert; doch diese Veränderung wurde erst durch die Bologna-Reform grundlegend herbeigeführt und gefestigt.

B. Individualität und Intellektualität

Das Ziel eines Studiums der Rechtswissenschaften muss es sein, einen wachen Intellekt in Bezug auf all das zu fördern, das beansprucht, Recht zu sein und es womöglich gar nicht ist. Entscheidend dabei ist die Fähigkeit zur kritischen Auseinandersetzung; diese ist – entgegen der positivistischen Auffassung von heute – zu fördern. Der bloße Nachvollzug dessen, was als Jurisprudenz gilt, ist unsinnig und hilft nichts; alleine die intensive und selbständige, bisweilen auch die sich verirrende Auseinandersetzung mit den grundsätzlichen Fragen nach der Rechtsqualität bringen Juristen, aber auch das Rechtssystem tatsächlich weiter. Denn begriffliche Introspektion und Selbstreproduktion führen bestenfalls (wenn überhaupt) zur Ausdifferenzierung von Spitzfindigkeiten, aber kaum zum Kern dessen, wofür Recht steht. Es sind also diese grundsätzlichen Fragen nach dem Recht und der konkret gegebenen Rechtsordnung, die den Gegenstand einer intellektuell verstandenen Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft darstellen und deshalb auch das Studium bestimmen müssen.

Die Fragestellung muss daher stets lauten: Woher, wieso und wozu dieses Recht sein soll, und nicht nur, wie es korrekt funktioniert. Das Verständnis der Funktionsweise ist die Voraussetzung, dass hernach die richtigen Fragen gestellt werden können. Damit kehren wir zum Anfang unserer Erörterungen zurück. Folgerichtig muss mit Bezug auf die Ausbildung von Juristen die Frage geklärt sein, dass es nicht genügen kann, die juristische Ausbildung von den Bedürfnissen der Praxis einer bestimmten Berufsgruppe her zu definieren, sondern dass es vielmehr darum gehen muss, Juristinnen und Juristen durch ein universitäres Studium gründlicher und umfassender zu bilden und nicht nur fachdogmatisch auszubilden.

⁵⁴ Siehe zuvor Fn. 4 und 5.

⁵⁵ Eindrücklich zum Autonomieverlust und zur Abhängigkeit der Universität von der Wirtschaft: MARCUS COELEN, Verabschiedung der Universität, in: Horst u.a. (Fn. 22), S. 99f.

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich einige Einsichten, die ich bereits in meinem Beitrag zur Bologna-Reform⁵⁶ dargelegt habe, und welche die vorhergehenden Überlegungen dahingehend zusammenfassen, dass die europäische Universität als ein Hort der autonomen Intellektualität, der Freiheit des Geistes und der Verantwortlichkeit des Denkens gesehen wurde und weiterhin zu sehen ist.

In dem Sinne sollte im Zentrum einer juristischen Ausbildung stets der Mensch als ein intellektuell aktives und entdeckungsfreudiges Individuum stehen. Ich kann nur nochmals mit Blick auf die Erfahrungen betonen: Intellektualität und Charakterbildung des jungen Menschen standen bis ins 20. Jahrhundert hinein im Mittelpunkt einer universitären Ausbildung. Diese Sicht basierte auf dem aufklärerischen Postulat der Achtung des Menschen, seiner Freiheit und seines Intellekts.

Nichts hat diesem Geist indes mehr geschadet wie der in den letzten fünfzig Jahren entwickelte Anspruch, dass Wissen sofort greif- und verwertbare Resultate bringen müsste.⁵⁷ Die Gleichsetzung von Verfügbarkeit des Wissens mit sozialer Mächtigkeit erzeugt eine trügerische Vorstellung, die wir heute mit dem Stichwort der Wissensgesellschaft umschreiben.⁵⁸ Tendiert die Wissensgesellschaft darauf, gesellschaftliche Macht durch Wissen zu generieren, so entsteht daraus rasch einmal ein Kampfplatz. Unsere viel gerühmte Wissensgesellschaft⁵⁹ von heute ist daher ein problematisches Gehäuse, weil darin nicht alleine der Intellekt waltet, sondern zunehmend vor allem das Vielwissen zählt.⁶⁰ Solches Vielwissen widerspiegelt aber nur die Armut des Geistes und entspricht einem Enzyklopädismus, der auf der Stufe der Voraussetzung zur kritischen Wissenschaft stehen geblieben ist. Der Segen des schnellen Zugriffs via Internet wird alsbald ins Gegenteil gewendet und folglich zum Fluch. Dass die Wissenschaft freilich noch

⁵⁶ Vgl. dazu: SENN (Fn. 30), S. 223f.

⁵⁷ So auch: NIDA-RÜMELIN (Fn. 33) und MARCUS COELEN (Fn. 55) in ihren Beiträgen.

⁵⁸ Vgl. dazu: HANS-GEORG GADAMER, *Vernunft im Zeitalter der Wissenschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1976, S. 59f.

⁵⁹ Vgl. dazu: UWE H. BITTLINGMAYER/HIDAYET TUNCER, *Die Wissensgesellschaft – eine folgenschwere Fehldiagnose*, in: Anina Engelhardt/Laura Kajetzke (Hg.), *Handbuch Wissensgesellschaft. Theorien, Themen und Probleme*, Bielefeld: transcript 2010, S. 352ff.; STEFAN BÖSCHEN, *Wissenschaft und Gesellschaft*, in: Rainer Schützeichel (Hg.), *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*, Konstanz 2007, insb. S. 756ff. Die gesellschaftliche Pluralisierungsstrategie laufe nicht nur Gefahr, in Relativismus zu zerfallen, sondern werde gleichzeitig Opfer einer Ökonomisierungs- bzw. Medialisierungsstrategie.

⁶⁰ Vgl. dazu: MARCEL SENN, *Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht*, in: *Rechtsgeschichte (Rg). Zeitschrift des Max Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* 19 (2011), S. 301ff.

Grundlegenderes darüber hinaus fordert, nämlich eine bestimmte Grundhaltung, habe ich andernorts erörtert.⁶¹

C. Die Notwendigkeit des geschichtlichen Verständnisses des Rechts

Daher bin ich entschieden der Ansicht, dass sich das Rechtsstudium nie in der Rechtstechnologie erschöpfen kann und soll, sondern dass darüber hinaus reflexive Übungen für einen weiteren Horizont notwendig sind, sei es letztlich auch nur deshalb, um den engen Bereich des Fachspezifischen besser erkennen zu können. Denn dieser lässt sich nicht aus sich selbst heraus, sondern nur in Abgrenzung zu dem Anderen, das nicht das Juristische verkörpern soll, begreifen. Gewiss steht im Sinne des spezifisch engeren Rechtsstudiums das Fachgelehrtentum bzw. der *strictly legal point of view*.⁶² Dies ist das Kerngeschäft. Doch wie selbst die Praxis deutlich werden lässt, braucht ein Jurist, um als Jurist vor der akademischen Türe zu bestehen, mehr als diese eine und reine Fachkompetenz. Deshalb ist es aus meiner Sicht problematisch, die Rechtswissenschaft in Haupt- und Nebendisziplinen zu unterteilen, ohnehin dann, wenn sie als gleichwertige und unabdingbare Bestandteile der Rechtswissenschaft betrachtet werden sollen.⁶³ Denn kein Jurist, der in der Praxis steht, kann sich eine solch enge normative Sicht leisten. Wohl muss er das Proprium des juristischen Geschäfts kennen und am Ende danach auch handeln, doch nur schon die Tatsache, dass die konkrete praktische Arbeit eines Juristen stets beim bzw. mit dem Sachverhalt beginnt, setzt voraus, dass er diesen inhaltlich erfassen und verstehen kann, und vor allem, dass er weiss, wie Sachverhalte konstruiert sind, und wo in solcher Logik des Eigenbaus auch regelmässig die Probleme stecken, damit er dann die Rechtsprobleme, die sich aufgrund des Sachverhalts und dessen spezifischen Probleme stellen, wirklich erfolgreich lösen kann, um das Stichwort des Erfolges hier nochmals aufzunehmen.

⁶¹ Vgl. dazu: SENN (Fn. 8), S. 913–929, s. Beitrag 6, S. 101–118.

⁶² ERNST (Fn. 41), S. 15ff. Die Rechtswissenschaft sei gerade darin einzigartig und würde, wenn sie diesen Standpunkt aufgäbe, ihre fachwissenschaftliche Alleinstellung unterlaufen, wenn sie vielmehr damit begänne, juristische und ausserjuristische Tatbestände zu vermengen. Dies sei die beste westliche Tradition des Rechts. Solche Vermengung des juristischen Tatbestandes mit ausserjuristischen Gesichtspunkten bedeutete ein folgenschweres «overreaching».

⁶³ DERS., S. 24ff. Hier wird zu Recht festgestellt, dass solche Abgrenzungen realitätsfern und der Fachkultur abträglich seien.

Jeder Rechtsfall beginnt mit einer Geschichte. Gerade deshalb muss ein Jurist in der methodischen Analyse von Geschichten geübt sein. Um dieses Geschäft zu beherrschen, sind grundlegendere Kenntnisse und Fertigkeiten als alleine das dogmatische Knowhow nötig, die weit über einen *strictly legal point of view* hinausgehen. Diese erweiterte Kenntnis soll den Juristen davor schützen, Opfer des eigenen nicht-reflektierten hermeneutischen Zirkels zu werden.⁶⁴

Mit Bezug auf die Rechtsgeschichte lässt sich meines Erachtens sehr schön zeigen, dass dieses Fach für das gesamte Rechtsverständnis unabdingbar ist, und dass die Rechtsgeschichte, wenn sie richtig betrieben wird, von grösstem Nutzen für die Juristinnen und Juristen ist, die später in der Praxis tätig sind. Die Rechtsgeschichte vermittelt zwar auch ein Verständnis zur Entwicklung des Rechts. Doch ist diese Geschichte, wie alle Geschichte und jeder Sachverhalt, immer ein Konstrukt, das mit Vorsicht und kritischer Distanz zu beobachten ist; und gerade dies ist in der Rechtsgeschichte zu lernen bzw. daran sind die angehenden Juristinnen und Juristen durch eine möglichst intensive Auseinandersetzung mit der Wissenschaftsgeschichte zu unterrichten und in der selbständigen und praktischen Interpretation mit Texten zu beüben.⁶⁵

Daher ist es auch kein Verlust, wenn die Rechtsgeschichte gerade keine Geschichten mehr über das Proprium des angeblich nationalen Rechts oder des Werdeganges des europäischen Rechts aus der Wurzel des römischen Rechts erzählt. Diese Geschichten sind obsolete Konstruktionen, um ein anderes Problem zu lösen, wie die Stiftung einer nationalen Identität oder die Rettung einer Disziplin, wofür dann die Geschichte instrumentalisiert wird. Die Rechtsgeschichte hat stattdessen zu einem spezifisch kritischen Verständnis und Bewusstsein beizutragen, wie angebliche Sachverhalte konstruiert werden. Wo sie dies nicht tut, wird sie alsbald aus dem juristischen Studium herauskatapultiert und in die allgemeine Geschichte verwiesen werden. Doch die Schärfung des methodologischen Problembewusstseins auf der Sachverhaltsebene stellt – nun durchaus mit Blick auf die richterliche und anwaltliche Praxis – eine relevante Befähigung dar. Denn es geht um die Konstitution des eigenen kritischen Denkens und Argumentierens. Gerade weil die Rechtsgeschichte keinen direkt verwertbaren Nutzen erzeugen muss, kann sie den Blick dafür auch öffnen, was das spezifische Juridi-

⁶⁴ Vgl. dazu: SENN, Wissenschaftsgeschichte (Fn 60), S. 300ff.

⁶⁵ Vgl. dazu: MARCEL SENN, Die Bewegungsfähigkeit des Interpreten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte, in: Philipp Stoellger (Hg.), Genese und Grenze der Lesbarkeit, Würzburg: Königshausen & Neumann, 2007, S. 75ff., sowie die zwanzig Fallbeispiele in: Marcel Senn/Andreas Thier (Hg.), Rechtsgeschichte III – Textinterpretationen, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2005.

sche sein soll, nämlich ein historisches Produkt seiner jeweiligen Zeit. Erst dieses Bewusstsein vermag einen vernünftigen Begriff vom Recht überhaupt zu bilden. Ich erkenne gerade darin das wirklich Einzigartige unserer Disziplin, dass wir nicht nur Handwerker sind, die wir zwar auch zu sein haben, sondern dass wir stets auch diejenigen waren und noch sind, die sich mit den zentralen Fragestellungen aus anderen Gesichtspunkten und Disziplinen in Bezug auf das Recht ganz bewusst auseinandersetzen.

Die zentrale Aufgabe der Universität und der Rechtsfakultäten war es bislang, ihre Studierenden zu befähigen, mit Wissen ebenso verantwortungsvoll wie kritisch umgehen und die einzelnen Wissens Elemente selbständig in einen übergreifenden Verständniszusammenhang bringen zu können, da der Verständnisprozess mit der Offenheit und Vielfalt aller Entwicklungen ständig rechnen und entsprechend Schritt halten muss. Und dies sollte entgegen allen gegenwärtigen Bestrebungen einer reduktiven Formalisierung und oberflächlichen Harmonisierung der Ausbildung der Juristen und Juristinnen auch so bleiben, denke ich. In dem Sinne ist die eingangs gestellte Frage beantwortet.

The methodological debates in German-speaking Europe (1960–1990)*

Inhaltsübersicht

I. Why methodology?	91
II. A zenith of methodological debates in German legal history	92
III. Revolving basic conditions	93
A. The situation at the universities before and after 1968	93
B. The nucleus of the debates	94
C. The three basic models	95
D. The end of the debates in the mid 1990s	96
IV. Focussing on England	98
V. Dealing with Reflection and Methodology	99

I. Why methodology?

In the early 1960s there erupted what is now known in Germany as ‘the methodological debates’ of the social sciences. The debates were heavily contested, and the need for methodological reflexion was not a given at the time. Disparaging comments were often heard along these lines: methodological debates serve no purpose; they distract from real research; they are of theoretical interest only as they deal in mere abstractions.

With almost fifty years of hindsight, we have seen many positions defended in the humanities, covering the full range from controversial to flaky. It might be more plausible today than it was then to assert that many trends could actually be in need of some sort of method. To Polonius’s famous statement in Shakespeare’s *Hamlet*, ‘Though this is madness, yet there’s method in’t!’ we might respond: if only it were so!

* First published in: *Making legal history: approaches and methodologies*, Anthony Musson, Chantal Stebbings (eds), Cambridge: Cambridge University Press 2012, pp. 108–117. Many thanks to my friend Professor Andres Buja, The Wharton School, University of Pennsylvania PA-US for correcting my basic English version.

Taking the lead from its meaning in ancient Greek, ‘having a method’ means having a direction leading to a goal. Indeed, the ancient Greek word μέθοδος contains this idea. Implicit is that the goal is shared among human actors. Applied to the humanities, having a method means that the directions and goals – that is, the processes as a whole – are transparent to the participants, and the results from such processes will receive general recognition of validity only when clarity is achieved.

The orientation towards shared goals and directions faces a variety of difficulties. Humanities and cultural studies are concerned with statements and distinctions about human endeavours in their temporal and local contexts. By contrast, natural sciences are concerned with invariable laws of nature and their manifestations. In both cases, shared standards at the level of methods produce clarity in the chosen approaches and directions, which in turn establish validity of intellectual results. While the rigours of natural sciences would not be reasonable in the humanities, we can and must adhere to high standards of plausibility by subjecting arguments and resulting claims to ongoing criticism. For this reason, methodological debates are the true sign of a modern concept of science.

II. A zenith of methodological debates in German legal history¹

On the continent, in particular in German-speaking Europe, we have faced general methodological debates in the humanities. The methodological debates reached their zenith between the 1960s and 1990s. They also influenced Law in general and legal history in particular. The present chapter will focus on this particular aspect.

¹ M. Senn, ‘Rechtswissenschaft und Geschichte’ in S. Kirste (ed.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Aussenperspektiven* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 121–131); M. Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte* (Zurich, Schulthess, 1982); D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft* (Giessen, Brühl, 1985); Gerhard Oexle, ‘Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft’ in D. Simon (ed.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages Frankfurt a.M., 22. bis 26. September 1986* (Frankfurt a.M., Klostermann, 1987), pp. 77–107; R. Ogorek, ‘Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990)’ in D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz* (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994), pp. 12–99.

One of the last congresses of legal historians with the focus on methodological debates took place in 1996.² Since then, things have become distinctly quiet in legal history. The result was to have always several methodological ways, however, any methodological reflection was an advantage in any case and absolutely necessary to do serious research in legal history.

As of the mid 1990s, the debates became fewer but they still continue to influence research in legal history. The debates encouraged a general intellectual opening, and they led to new questions being asked, informed by other disciplines. The general opening also led to experimentation with new research methods on historical materials. On the flipside, the debates produced methodological extremes, too, that operated on mixtures of trendy theories or preached the purity of one single theory.

III. Revolving basic conditions

A. The situation at the universities before and after 1968

Several events and trends shaped the methodological debates on legal history in German-speaking Europe. Society at large and the universities in particular were involved with the 1968 movements.

The social fabric underwent radical change and generational conflict set the tone: a peace-seeking young generation opposed the Vietnam war, searched for social justice, and revolted against their fathers and teachers who had spent their formative years in an altogether different experience, that of World War II. In the face of these conditions, the idea arose that legal history as a discipline of law should put the fundamental issues of human justice centre stage and from this perspective investigate the historic circumstances of law in society.

Related to this point is the observation that legal history as part of law became a subject in need of justification. In the course of the social and political upheavals, the traditional German notion of higher education (*Bildung*) came apart and questions of utility began to be asked of subjects that previously had been accepted as an unquestioned part of *Bildung*. Suspicions were raised that legal history repre-

² The conference's transcript had been edited by P. Caroni and G. Dilcher, *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?/ Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?* (Cologne, Weimar and Vienna, Böhlau, 1998).

sented mere dead weight or aesthetic decoration in the practice-oriented study of law and statutes. Some form of utility had to be found for the subject, or else it would be relegated to a mere preface or footnote of law. Proposals were made, in particular by the New Left, according to which legal history should place itself in the tradition of the Enlightenment, seek to expose the historic contingency of law, and thereby impact the scientific discourse of law.

At the same time as the deliberation was taken up to the stance within the social and political discussions by the humanities in general, and in particular, legal history, there was a concrete methodological offer by Hans-Georg Gadamer in 1960. His hermeneutical programme established a concept wherein the different perspectives afforded by legal, historical, social and political aspects were prismatically concentrated in a single focus. Gadamer's grand opus, *Truth and Method*,³ therefore, imparted momentum to a broad discussion of the role of methodology in the humanities.

Gadamer argued that the major epistemic achievement of the humanities is understanding, or comprehension and interpretation (*Verstehen*), which in turn is an applicative act that is more sustained than limited in essential ways by the historic horizon of the interpreting subject. Others followed, including Jürgen Habermas and the Frankfurt School. They took the problem of having an essential point of view to imply that truth claims in the humanities required critical reflexion of underlying, implicit or even subconscious assumptions. These critics, largely on the political left, focused on the limiting aspects of the interpreting subject's historic horizon, whereas Gadamer insisted on its epistemically and even ontologically constitutive aspects. In the methodological debates, Gadamer's hermeneutics and the Frankfurt School's Critical Theory⁴ were both in opposition to their shared strawman, a limited notion of 'positivistic methodology' according to which rigid rules, approaches and protocols were the only sources of truth, even in the humanities. Some of these themes seem outdated from today's vantage point, but some have also left a mark on today's methodological awareness.

B. The nucleus of the debates

Against this polarising historical backdrop that lasted into the 1970s, humanities and cultural studies fell into two camps along the political left-right spectrum,

³ H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 6th edn (Tubingen, Mohr Siebeck, 1990).

⁴ The *Kritische Theorie* of the Frankfurt School is not to be confused with Anglo-Saxon literary criticism.

and accordingly historiography divided into *bürgerlicher* (bourgeois) historicism on the one hand, and Marxist approaches on the other hand. In response to the methodological criticisms based on Gadamerian hermeneutics and Frankfurt Critical Theory, social scientists were called to examine the social and political assumptions underlying their investigations of legal history, from *bürgerliche* topics such as family and property to New Left topics such as the reconstruction of legal practice in a dialectical historic framework.

These developments resulted in two opposite methodological paradigms of legal history. In West Germany, this controversy struck a particularly sensitive chord as a result of the aftermath of World War II. The country was divided over the politically charged questions of how to approach communist East Germany, and even more so over how to face up to the Nazi past. Political alignment tinged all discussions, including those of methodology in legal history. Even though approaches based on ‘dialectics’ were widely perceived as the most consistent and promising, there was a vigorous discussion in legal history that involved taking political sides on the left-right spectrum.

C. The three basic models⁵

In spite of the political polarisation of the landscape, there was room for a third historiographic model, one that drew on the social sciences as well as the historicist and Marxist approaches. The three models can be characterised as follows:

The first model, *historicist* legal history, aimed at producing narratives composed of singular events, without claim to generality or law-like explanation. In this model one can distinguish three sub-types: the first sub-type consisted of a dogmatic interpretation of sources that describes history as a linear evolution. In this view legal history is just a preface to the comprehension of law. This conception had politically controversial results because it would describe the German National Socialist state as a formal rule of law. On the face of it, this was not entirely wrong from a dogmatic point of view. The second sub-type embraced the contemplative interpretation of sources in relation to other objective matters of historical relevance. It aimed to reconstruct a historic reality with claims to generality inspired by the natural sciences and their laws of nature. As for political implications, in this view the National Socialist state was not a formal rule of law

⁵ See M. Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte* (Zurich, Schulthess, 1982), pp. 118–175.

because it contradicted justice and fairness in society and state. The third subtype was the most liberal conception in the historicist tradition of legal history. Its approach was ‘applicative’ in the sense of Gadamerian hermeneutics; it considered history as a construction, and it was progressive in its requirement that authors account for the intentions and assumptions underlying their interpretations. Its interpretation of the National Socialist state used formal qualities descriptively but denied the possibility that this could be a state of justice.

Second, in opposition to the *bürgerliche* historicist models (mentioned further above) stood the *Marxist* models of legal history, founded on ‘dialectic materialism’. This view postulated economics as the driver of all matters of social, political and historic importance, the struggle between the social classes as underlying all historic developments, and the eradication of oppression of one class by another as the ultimate goal of social evolution. Law in this conception is a derivative of the ‘dialectical’ process whereby the oppressor class imposes its definition of Law on all of society. National Socialism, in this view, was a relic of the notion that oppression is the basis of all society. The question of the rule of law is, in this case, irrelevant as it is merely an expression of the Marxist notion of oppression.

Finally, the third model of legal history integrated general aspects of social development in historicist approaches by drawing on the *social sciences*, in particular on sociology, psychology and political science. It aimed at a notion of history that comprehends the development and functioning of society in general. From Marxist historiography, on the other hand, it adopted a concern for issues of social justice. Both the borrowing of social science approaches and the focus on social justice promised a type of analysis of historic materials that rises above the mere narration of historic detail and produces statements of general and comprehensive validity. The National Socialist state could be described psychologically as the use of the rule of law to mask the brutality of dictatorship with the goal of usurping total power.

D. The end of the debates in the mid 1990s

The methodological debates in legal history faded in the 1990s. Some contributing factors may have been the following: After a long period of intense argument there was a general exhaustion as well as a lack of interest shown by the younger generation. The fall of the Iron Curtain and the opening of the borders between East and West mitigated the original conflicts that had driven the formation of the methodological programmes from the background. A third factor

may have been of an institutional nature at universities, the gradual vanishing of chairs in legal history. Between 1980 and 2007/2008 their number shrank by 20 percent.⁶ This fact alone may have discouraged young aspiring scholars from engaging in controversies and motivated them to deliver ‘solid work’ instead.

However, not only such facts and circumstances were influential. The desire to work on ‘solid science’ led some to flee the methodological debates for safe havens, such as Niklas Luhmann’s ‘System Theory’. This theory was taken so seriously that it became a doctrine, and its adherents formed what could appropriately be called a scientific sect. To them, System Theory was the only key that would turn the humanities into proper sciences. The adoption of System Theory in legal history features two developments: on the one hand, the establishment of a ‘fundamentalist’ group of representatives that tries to achieve confessional purity⁷; on the other hand, the development of a ‘syncretistic’ group that freely mixes System Theory with other theories such as the sociology of Pierre Bourdieu and/or the structuralism and psychology of Michel Foucault. Studies in legal history that are inspired by these fads tend to be somewhat deflating in that they mostly boil down to rather conventional descriptions of historical facts, albeit obscured by a peculiar vocabulary. Whether any of these two movements will succeed in our field is questionable,⁸ and they may have passed their zenith by now.

⁶ www.koeblergerhard.de/juristen. Our own research has shown a reduction between 1980 and 2008 from 20 to 28 per cent in all German-speaking universities. The difference depends on whether one integrates the newly founded faculties after 1980 or not.

⁷ M. T. Fögen, ‘Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag’, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 1 (2002), 14–19; M. Amstutz, ‘Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie’, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 1 (2002), 26–31; M. Aschke, ‘Evolutionstheorie für das Recht der Marktgesellschaft’, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2 (2003), 25–38; R. Stichweh, ‘Systemtheorie und Geschichte’ in F. Welz and U. Weisenbacher (eds.), *Soziologische Theorie und Geschichte*, (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1998), pp. 68–79. Some critical remarks on the ‘System Theory’ by P.-U. Merz-Benz and G. Wagner (eds.), *Die Logik der Systeme. Zur Kritik der systemtheoretischen Soziologie Niklas Luhmanns* (Constance, UVK, 2000) as well as for the facility to adapt it within legal history by A. Thier, ‘Systemtheorie und kirchliche Rechtsgeschichte’ in R. Helmholz et al. (eds.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, vol. 91 (Paderborn, Munich, Vienna and Zurich, Schöningh, 2000), pp. 1065–1102.

⁸ T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press, 1962), see http://en.wikipedia.org/wiki/The_Structure_of_Scientific_Revolutions.

IV. Focussing on England

As an outsider to British legal history, I could not presume to speak for methodological debates (if any) in England. You, my readership, would have to conduct this discussion on the basis of your own specific conditions and scientific traditions.

All the same, I shall briefly comment on the British circumstances from my particular perspective. There might be some benefit in attempting to build bridges between two very different traditions in legal history. I would like to compare the English and the Continental programmes, and to this end I will distinguish two aspects, those of research methodology and those of legal education.

Legal education has been very different in England and German-speaking Europe for a long time, dating back before the nineteenth century.⁹ As I see it, Continental legal education at universities focuses on theory and critical reflexion of Law and its practice.¹⁰ During student training we de-emphasise comprehensiveness of the material taught, and, while we do teach ‘knowledge’, greater emphasis is being placed on the development of the critical faculties.¹¹ By comparison, British legal education differentiates more clearly (than we do) between a theoretical and a practical part of education. At university, students learn the system of precedents as a theoretical way to acquaint themselves with the function of law, whereas at inns or law firms they learn the practice of consultants or attorneys-at-law to become successful barristers or solicitors.

⁹ M. Senn, ‘Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century’ in A. Lewis, P. Brand, P. Mitchell (eds.), *Law in the City. Proceedings of the Seventeenth British Legal History Conference, London, 2005* (Dublin, Four Courts Press, 2007), pp. 249–261, see Beitrag 8, pp. 127–140.

¹⁰ W. Ernst, ‘Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers’ in C. Engel and W. Schön (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2007), pp. 3–49.

¹¹ For instance, I train students to examine anonymised historical texts and to probe their substance beneath their historic detail and local colour. I thereby develop and instil a critical sense in my students for the historic continuity as well as contingency of our modern legal thinking which otherwise would be too easily taken for granted as ultimate truth. See M. Senn, ‘Die Bewegungsfähigkeit des Interpreten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte’ in P. Stoellger (ed.), *Genese und Grenze der Lesbarkeit* (Würzburg, Königshausen & Neumann, 2007), pp. 75–93; www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/senn/cont/080630_Bewegungsfahigkeit_des_Interpreten.pdf. As to training for the practice of law, those students who wish to become lawyers take a special exam to become solicitors and barristers, as we do not distinguish between the two roles.

We could debate the pros and cons of the two systems of legal education and ask which leads to greater expertise in analytical thinking, reasoning and critical faculties. Both systems have their specific qualities, and in the end they lead to similar results. Legal history, however, could benefit if it were more than the passing on of the knowledge of older ways and the mere narration of how legal systems developed their modern forms. Legal history could convey a deeper sense of how to approach historic material with a critical sense for its backward conditionality, its forward relation to subsequent developments, and its embeddedness in historic, social and local contexts. Such examination of historic materials not only conveys knowledge but also, more importantly, fosters autonomous critical skills of historic and contextual reconstruction that transcends legal history and is likely to benefit all students of law. Therefore, improving legal education and history of law would require that legal historians engage in a discussion of their methodologies, and this brings us back full circle to the main topic of this chapter.

V. Dealing with Reflection and Methodology

As I conceive it, there are two basic components to a successful legal historian: broad knowledge of materials, and a critical mind with regard to approaches to these materials. These two qualities set the stage for an autonomous scholar who is able to analyse and reconstruct historic realities. Which approach a scholar tries first is of lesser importance than a critical attitude. For my part, over time I have developed considerable scepticism towards holistic approaches that tend to match historic realities to theory, as opposed to the other way around. In a German context, Niklas Luhman – mentioned further above – comes to mind.

My preference is for clearly reflected bottom-up approaches that stay near ground level and closely hug the historic material. In my experience it is the exposure to the sources and the training of one's critical faculties on them that contributes to the general legal education of students and the advancement of legal history as a field. For the scholar, it is of the essence to preserve a critical attitude towards theories and methodologies, both one's own and those of others. As a corollary, an ongoing debate of methods is a necessity in our field. Reality is always multifaceted and any theory is just a partial reflection of reality at best. Those of us who have practiced at a court, a law firm or a government agency know quite well the meaning of reconstructing the facts of a case, and we are struck by how fragile and precarious each and every reconstruction remains even after our best efforts. This awareness of fragility is something I personally ac-

quired in legal practice, and I recommend extensive legal practice, and I recommend extensive legal practice as part of the education of legal historians.

The fragility of the reconstruction of past realities as well as of any case we deal with at court is the reason why I believe that we legal historians are well advised to distance ourselves from holistic approaches and theories. If we take generalising theories at face value, we tend to get lost in ideological territory and intellectual arbitrariness, as exemplified by some of the positions taken in the methodological debates in German-speaking Europe.

However, my scepticism towards holistic theories should not be taken as a complete refusal to listen to theories. Theoretical approaches can be helpful in making sense of certain historic materials, if these approaches are used as heuristics rather than evidence. A critical approach to historical sources is characterised by the awareness that all sources allow us to reconstruct just a small fraction of the complexity of a past reality. The necessary simplifications and points of view inherent in any particular analysis always leave room for more than one defensible interpretation compatible with the sources, and insofar they do not contradict each other but rather illuminate different aspects and possibilities of past realities. Hence, multiplicity of reasonable interpretation does not mean arbitrariness, subjectivity, or mere convention; multiplicity of interpretation is entirely compatible with high intellectual standards of argumentation and progress of the field.

Finally, I would like to put my finger on the delicate subject of using methods from other disciplines. In light of past experience, I am rather sceptical when legal historians employ imported methods from other fields on their own. This, I think, is a misunderstanding of interdisciplinarity. An interdisciplinary spirit means a dialogue between experts, not faddish adoption of each other's methods. Protected by a well-developed critical sense towards theories and methods in general, we may have the best promise of approaching, if not reaching, anything that could be called historical objectivity. Under this same protection we may also be able to cooperate across national boundaries and legal traditions.

Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?*

Inhaltsübersicht

I.	Beitragsziel	101
II.	Überlegungen zum Wissenschaftsbegriff	102
	A. Die drei grundlegenden Fragen	102
	B. Der Standpunkt der Rechtswissenschaft	102
	C. Das duale Wissenschaftsverständnis	103
	D. Verirrungen der Rechtswissenschaft	103
	E. Die Begründung der modernen Rechtswissenschaft	104
	F. Was und wozu ist Wissenschaft überhaupt?	105
	a) Die Kernfrage	105
	b) Neuere Theorieprodukte	106
	c) Das bedingte Wissen	108
	d) Zweck und Methode	109
III.	Die Wissenschaft vom Recht	109
	A. Wozu eine Rechtswissenschaft?	109
	B. Kritikpunkte zur Rechtswissenschaft	110
	C. Die Frage nach der Haltung oder dem Habitus	112
	D. Der springende Punkt	115
IV.	Fazit	118

I. Beitragsziel

In seinem zahlreichen Schrifttum der letzten Jahre hat sich Rolf H. Weber mehrfach auch mit Fragen der Methoden in der Rechtswissenschaft auseinandergesetzt.¹ Diese Fragen hat er im Kontext der jüngsten methodologischen Debatten,

* Erstpublikation in: Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, *Rolf Sethe et al.* (Hg.), Bern (Stämpfli Verlag) 2011, S. 913–929; zweite Veröffentlichung in: *Journal für Juristische Zeitgeschichte*, Band 13 (2012) 1, S. 3–20. Ich danke meinen beiden Assistierenden lic. iur. Mihai Vladescu und lic. iur. Barbara Fritschi für das kritische Korrekturlesen und die Unterstützung bei der Materialsuche.

¹ *Rolf H. Weber*, *Strukturations- und Steuerungstheorie als «Ordnungshilfen» im Informationsrecht, Rechtstheorie*, Band 40, Berlin 2009, 516–532; *Ders.*, *Methodenlehre und Kartellrecht*, in:

insbesondere betreffend die allgemein überschätzte systemtheoretische Argumentation, auf Grundlagenaspekte der juristischen Wissenschaftsdisziplin zurückzuführen versucht.

Im Folgenden möchte ich an diesen Punkt anknüpfen und die nachstehenden Gedankengänge skizzieren. Was ich hier allerdings leisten kann, ist zum vorneher ein begrenzt. Es geht somit vorerst einmal um eine grundsätzliche *Standpunktklärung*, sodann um eine *Standpunkterklärung* zum Grundlagenproblem der Wissenschaft des Rechts, und zwar insbesondere zur Frage, welche Bedeutung der Methode in der Theorie der Rechtswissenschaft überhaupt zukommen kann und soll. Angesichts des skizzenhaften Charakters meiner vorliegenden Ausführungen, die einstweilen als eine erste Annäherung ans Thema zu verstehen sind, handelt es sich folglich um Vorbemerkungen zu einer allenfalls neu zu entwickelnden Theorie betreffend die Methodenfragen in der Rechtswissenschaft.

II. Überlegungen zum Wissenschaftsbegriff

A. Die drei grundlegenden Fragen

In diesem Kontext sind drei Vorfragen zu stellen: Was und zu welchem Zweck ist Wissenschaft an sich, ferner, wie ist spezifisch die Rechtswissenschaft unter diesen beiden Aspekten in wissenschaftstheoretischer Hinsicht zu würdigen?

B. Der Standpunkt der Rechtswissenschaft

Geht man davon aus, dass bezüglich der Beantwortung der zuletzt gestellten Frage, auf die der Komplex der zwei Vorfragen hinausläuft, selbst im Bereich der Rechtswissenschaft Uneinigkeit herrscht, so lässt sich daraus vorweg einmal soviel folgern, dass eine Selbstvergewisserung hinsichtlich der wissenschaftstheo-

Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans-Ueli Vogt, Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 1–41; *Ders.*, Social Contract for the Internet Community? Historical and Philosophical Theories as Basis for the Inclusion of Civil Society in Internet Governance?, scripted 1. Ausgabe 2009, 90–105; *Ders.*, Selbstregulierung und Selbstorganisation bei den elektronischen Medien, in: *medialex* 2004, 211–217; *Ders.*, Recht und Idee, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli, *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 313–325.

retischen Konsistenz auch aus Sicht der Disziplin selbst nottut. Der zentrale Aspekt der Uneinigkeit lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die Rechtswissenschaft betreffend ihre methodologische Qualität nicht über alle Zweifel erhaben, in jedem Fall aber mit der wissenschaftstheoretischen Qualität der Naturwissenschaften nicht zu vergleichen sei.

C. Das duale Wissenschaftsverständnis

Der kritische Punkt in dieser Diskussion war und ist die historisch gewachsene Segmentierung der Wissenschaft in eine einerseits konsistentere bzw. strengere und andererseits in eine diskursivere bzw. offenere Form der «Schaffung von sicherem Wissen». Diese Herangehensweise führte in der Folge zur Trennung der Wissenschaft in zwei Bereiche, denen seither ein je unterschiedlicher Güterwert beigemessen wurde und wird. Zunächst etablierte sich diese Unterscheidung im dualen Modell von physikalischen und moralischen Wissenschaftsfeldern im ausgehenden 17. Jahrhundert,² im 19. und frühen 20. Jahrhundert schließlich in der Unterscheidung von Naturwissenschaften auf der einen und Geistes- bzw. Kulturwissenschaften auf der anderen Seite.³

D. Verirrungen der Rechtswissenschaft

In diesem Zusammenhang lässt sich allerdings auch ohne Weiteres feststellen, dass die Wissenschaft vom Recht, umgetrieben durch die Frage nach ihrer methodologischen Seriosität, unablässig darum bemüht war, sich die Qualität bzw. Seriosität methodischer Zuverlässigkeit durch weitgehende Annäherung an die Methodik der Naturwissenschaften anzueignen. Bisweilen scheute sie auch davor nicht zurück, sich naturwissenschaftlichen Methodenprogrammen (oder was man als wissenschaftlich bezeichnete, weil es damals gerade *en vogue* war⁴) zu unter-

² Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962 (ND 1990), 131–134.

³ Hans-Peter Haferkamp, *Neukantianismus und Rechtsnaturalismus*, in: Marcel Senn/Dániel Puskás, *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft*, Kongress der schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 15. und 16. Juni 2007, ARSP Beiheft Nr. 115, Stuttgart 2007, 105–120.

⁴ Dazu zählt der Naturalismus namentlich in den Formen von Sozialdarwinismus, Rassenlehren und Kriminalanthropologie, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufkamen und die ihre «Entfaltung in Gesetzen» in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erhielten (vgl. dazu Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 377–399, 409f., 423f., 427).

werfen. Das 17. wie das 19. Jahrhundert liefern hierfür Beispiele genug.⁵ Ein neuester, möglicherweise schon wieder (in der zunehmend kurzlebigen Zeit) verpuffender Trend zeichnete sich im Kontext der grandios selbst inszenierten Debatte der Hirnforschung mit Bezug auf das Recht um die Jahrtausendwende ab.⁶

E. Die Begründung der modernen Rechtswissenschaft

Diese Diskussionen um die methodologische Anschlussfähigkeit sind in unserer Disziplin bereits so alt, wie die – wissenschaftstheoretisch neuzeitlich verfasste – Disziplin selbst, die sich zwischen dem 17. und dem 19. Jahrhundert entwickelt und im Zeichen des wissenschaftlichen Positivismus gefestigt hatte. Jan Schröder hat diesen Übergang von der Jurisprudenz zur modernen formalen Rechtswissenschaft historisch kenntnisreich nachgezeichnet und gezeigt, dass sich dieser Vorgang durch eine zunehmende Formalisierung des Rechts unter engeren methodischen Aspekten ergeben hatte. Zur Erreichung dieses Zweckes wurde die dritte Stufe innerhalb der klassischen naturrechtlichen Normtrias, das positive Recht der späten Vernunftrechtsepoche des 18. Jahrhunderts, heraus gelöst und selbstständig.⁷

In dem Sinne entwickelte sich unsere Wissenschaft von einer *Jurisprudentia* zur modernen formalmethodologischen Rechtswissenschaft. Die Jurisprudenz präsentierte sich noch im 18. Jahrhundert ebenso diskursiv wie lebenspraktisch in ihren Argumentationen. Sie setzte sich anhand von Texten, insbesondere aus der Antike, der Bibel und des zeitgenössischen Schrifttums, disputierfreudig mit ethischen sowie politischen Grundfragen des Rechts auseinander, soweit dies aus damaliger staats- und konfessionspolitischer Sicht überhaupt zulässig war. Dieses diskursiv erschaffene Wissen tradierte sie, so dass dadurch ein hermeneutischer Traditionskontext des Rechtsdenkens entstand, innerhalb dessen die Explikation der Methoden gleichsam funktionell «aufgehoben» war. Dies änderte sich nach 1800 im Zuge der Deontologisierung auch in der Rechtswissenschaft. Sie wurde

⁵ Konkrete Beispiele zum – in Fn. 4 zuvor – erwähnten Naturalismus finden sich in den Kapiteln 2 bis 5 von Marcel Senn/Lukas Gschwend, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.

⁶ Vgl. Marcel Senn/Dániel Puskás, *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, ARSP Beiheft Nr. 111, Stuttgart 2007; ferner der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich herausgegebene Band: *Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht*, Zürich/Basel/Genf 2008, mit den Beiträgen von Marcel Senn, Daniel Hell, Grischa Merkel/Gerhard Roth und Brigitte Tag.

⁷ Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München 2001.

nun aus ihren metaphysischen und ethischen bzw. politischen Kontexten herausgelöst; im Zuge des (seit den 1830er Jahren) zunehmenden wissenschaftlichen Positivismus⁸ transformierte sie sich schließlich zu einer formalmethodologisch operierenden Wissenschaft vom Recht. Nach Herauslösung aus den erwähnten Kontexten begann sie eine Wissenschaft des kalkulierbaren Rechts zu werden, die mit ihren abstrakten Rechtsbegriffen Rechenspiele zu betreiben imstande war.⁹ Dieses Phänomen des «juristischen Rechnungswesens» mit Begriffen war zwar schon im Zeitalter des Rationalismus durch die damalige «geometrische Methode» propagiert worden,¹⁰ doch erst im Zuge der Etablierung des wissenschaftlichen Positivismus ab Mitte des 19. Jahrhunderts voll zum Tragen gelangt; sie fand in der sogenannten Begriffsjurisprudenz ihren konkreten Ausdruck.

Bei genauerer Betrachtung erwies sich indes auch diese Kalkulationskunst mit Begriffen mehr als eine *ars* denn als eine profunde *scientia*. Die mehr oder weniger intelligenten Begriffsspiele mit Elementen des Rechts bedurften in erster Linie des handwerklichen Fleißes und somit einer dogmatischen und systematischen Erfassung des kodifizierten bzw. gesichert tradierten Normenkomplexes, mithin des *positiven* Rechts. Nicht zu Unrecht musste da ein leiser Selbstzweifel bei kritischen Geistern und qualitätsbewussten Juristen bestehen bleiben, ob solche begriffliche Spielereien doch eine Wissenschaft vom Recht abgeben könnten, die einem strengen Wissenschaftlichkeitsbegriff «letztlich» genüge. Diese Selbstzweifel konnten und können als ein Ausdruck eines wissenschaftstheoretisch schwachen Selbstbewusstseins verstanden werden, der uns zur zentralen Frage führt:

F. Was und wozu ist Wissenschaft überhaupt?

a) Die Kernfrage

Ich denke, dass die entscheidende Kernfrage – unbesehen aller differenten Theoretisierungen einzelner formalmethodologischer Aspekte, die in den vorherigen Jahrhunderten verhandelt und vertieft wurden – stets dieselbe geblieben ist, und, dass diese Frage sich ebenso einfach wie kristallklar im Angesicht ihrer praktischen Umsetzung jeweils stellte bzw. stellt, nämlich: *Was ist eine «sichere» (also wissenschaftliche) Erkenntnis?* Die Hauptaufgabe jeder Wissenschaftsdisziplin

⁸ Senn, Rechtsgeschichte (Fn. 4), 350f.

⁹ Senn, Rechtsgeschichte (Fn. 4), mit Hinweisen auf Savigny, 333 und auf Windscheid, 346ff.

¹⁰ Wolfgang Röd, Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert, München 1970.

war und ist es somit, ein wissenschaftstheoretisch solides, und dennoch praktisches Wissen zur Verfügung zu stellen.

b) Neuere Theorieprodukte

Erst neuere Theorieprodukte aus dem Wissenschaftsbetrieb des letzten Drittels des 20. Jahrhunderts haben die Möglichkeit, Berechtigung und Bedeutung solcher Fragestellungen selbst in Zweifel gezogen, die während Jahrhunderten nachhaltig diskutiert und damals auch als existenziell erachtet wurden.

Vor dem Hintergrund der im Westen überbordenden Hochkonjunktur nach dem Zweiten Weltkrieg entstand ein Lebensgefühl, das auch die Wissenschaften zu beflügeln begann. Es schien nun plötzlich alles möglich und nichts wirklich relevant. Traditionelle Unterscheidungen und Diskurse wurden zunehmend als wertlos verworfen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann die Wissenschaft mit dem Spiel einer sich inhaltlich selbstzersetzenden Nabelschau in einer gleichzeitig zunehmend design-orientierten Sprachakrobatik. Entsprechend vermochte sich eine wissenschaftliche Avantgarde selbst zu inszenieren und ihre Diskurse als notwendige Bereicherung der Wissenschaften zu suggerieren.

Gewiss lässt sich mein zuvor angegebenes Argument der Dauer bzw. Kontinuität eines Wissenschaftsbetriebs nicht gegen berechtigte Kritik, Einwendungen und auch nicht gegen eine neue Sicht auf die Dinge verwenden, was auch nicht im Geringsten meiner Absicht entspräche, jedoch folgt daraus umgekehrt nicht auch notwendig, dass Unfug oder Nonsens in der Wissenschaft eine Berechtigung erhielten, auch wenn eine Hochkonjunktur eine günstige Zeit für erhöhte Theorieproduktion und neue Trends mit wagemutigen Wissenschaftsansätzen ist.¹¹ Denn es darf ja auch Skepsis dort angemeldet werden, wo der Selbstauftritt einer neuen Sicht dermaßen markant und vehement zu Markte getragen wird, als seien alle anderen bzw. bisherigen Argumente und Sichtweisen unwert, und folglich könnte nur die neue Sicht der Dinge die ausschließlich korrekte und daher bedeutungsvolle sein. Diese Argumentationskünste der Vertreter vornehmlich postmoderner und insbesondere systemtheoretischer Anschauungen kommen meist einer Diffamierungsstrategie gleich, der entschieden zu begegnen ist, und zwar insbesondere dann, wenn sich herausstellt, dass sie selbst eine neue, wenn auch verkappte und unreflektiert selbstwidersprüchliche Form von Metaphysik im Zeitalter des lautstark vertretenen wissenschaftlichen Positivismus darstellen.

¹¹ Was sich regelmäßig daran erkennen lässt, dass der Diskurs solange geführt wird, als monetäre Ressourcen der Forschungsgemeinschaft zur Verfügung stehen.

Diese Ansätze postmoderner Dekonstruktions- bzw. Systemtheorien versuchten die theoretische Kompetenz aller bisherigen Wissenschaft zu demontieren, an deren Ende nichts weiter übrig bleiben sollte als ein äußeres Gehäuse eines ebenso äußeren Beobachters. Diese Ansätze waren und sind, meiner Auffassung nach, jedoch weder an sich neu noch innovativ, auch wenn sie sich selbst entsprechend darstellten.¹² Die Vertreter solcher wissenschaftlicher Strömungen neigten überdies dazu, sich kritischer Reflexion einer Drittposition, die nicht in ihr Theoriedesign passte, zu verschließen und sich damit der konkreten Verantwortung des wissenschaftlichen Diskurses zu entziehen. Mit dieser Strategie monopolisierten sie geschickt ihren methodischen Zugang als den theoretisch einzig möglichen und behaupteten damit obendrein noch, ein Wissen über das Wissen zu besitzen, das andere gerade nicht hätten. In diesem sich dem intellektuellen Dialog letztlich verweigernden Ganzheitsanspruch wissenschaftlichen Gebarens verbirgt sich jenes zuvor angedeutete metaphysische Problem. Mit ihrer Auflösungsstrategie der traditionellen gesellschaftskritischen Wissenschaften führte dieses neue Designdenken mit seinem selbstreferentiellen Reduktionismus ebenso rasch wie geradlinig auf einen letzten Referenzpunkt: das große System. Dieser letzte, nicht hintergehbare Referenzpunkt ist allerdings nur ein kaschierender Ausdruck für die traditionelle Metapher aller Metaphysik, nämlich «Gott». Ich möchte betonen, dass ich nichts dagegen einzuwenden hätte, wenn man sich hierauf behaften ließe resp. auf einen Dialog darüber einließe.¹³ In dieser Theoriestrebigkeit entpuppt sich letztlich nicht viel anderes als die alte Thematik des nominalistischen Voluntarismus¹⁴ und einer Diskussionsrunde, die wir in der Theologie zu Beginn des 14. Jahrhunderts bereits hatten.

Entgegen der Disposition dieses neueren Theoriedesigns ist jedoch gerade nicht die Frage nach der Unmöglichkeit, sondern vielmehr nach der Möglichkeit einer nur, aber immerhin kontingenten bzw. provisorischen Perspektive auf «sicheres Wissen» zu stellen. Die Frage ist in der Weise zu stellen, dass sie uns eine (wenn auch nur) praktikable Sicht der Dinge auf Zeit vermittelt. Wie gesagt, wir wissen, seit wir denken und seit es diese Diskussionen gibt – denn diese Denkfähigkeit war anderen Zeitaltern genauso vertraut wie den wortgewaltigen Theoriedesignern der letzten vierzig Jahre –, dass wir uns wissenschaftstheoretisch letztlich

¹² *Marcel Senn*, Rechtswissenschaft und Geschichte, in: Stephan Kirste (Hrsg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven*, Tübingen Mohr Siebeck in Tübingen, 2016, dort unter Ziff. 5 mit zahlreichen Nachweisen.

¹³ Anlässlich eines Vortrags von Luhmann an der Universität Zürich Mitte der neunziger Jahre wurde Luhmann von einem Theologen nach dem metatheoretischen Grund bzw. Gott in seiner Theorie gefragt, worauf er keine Antwort geben wollte.

¹⁴ *Senn*, Rechtsgeschichte (Fn. 4), 172f.

immer im Kreise drehen und weiter drehen, weil wir uns vor dem Fakt des letzten Wissens bzw. des Nichtwissen-Könnens, wenn auch nicht notwendig gläubig, so doch faktisch beugen müssen.

c) Das bedingte Wissen

Es gibt jedoch in aller Bescheidenheit noch jene Zwischenphase des Lebens, die wir unbedingt nutzen sollten, nämlich die Phase des denkenden Wissens, das – wohlgemerkt – mit der kaum reflexiven Wissensgesellschaft von Heute wenig gemeinsam hat, denn das Abdriften in den «Enzyklopädismus», den wir heute beobachten und den wir schon im ausgehenden 18. Jahrhundert hatten, führt tatsächlich ins Nichtwissen,¹⁵ weil man den Begriff für die Sache ob all der Details verliert. Die Suche nach «sicherem» Wissen war und ist stets auf jene Bereiche begrenzt geblieben, die – auch dies wissen wir seit Generationen – uns nach Maßgabe dessen, was wir als «unsere» Wirklichkeit bezeichnen, zugänglich sind. Mit dieser Grenzziehung muss man sich seit Jahrhunderten (und nicht erst seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts) arrangieren, und an diesem Punkt – denke ich – dürften sich also die großen Wortakrobaten mit den bescheideneren Sprachkünstlern doch auch wieder finden: *Unser Wissen ist – wie wir wissen – bedingt.*

Denn das wissenschaftstheoretische Grundproblem liegt darin, dass wir wissenschaftliches Wissen selbst nicht verabsolutieren können, ohne nicht in die Nähe einer Art von Gläubigkeit zu gelangen, die sich selbstreferenziell bloss bestätigt. Auch sollten wir uns bewusst bleiben, dass der Begriff der Gesetzmäßigkeit keine absolute Gewissheit impliziert, denn auch er bezieht sich stets auf einen letztlich ungeklärten Begriff der «Natura». Durch diesen Rückgriff auf den Begriff der «Natura» im 17. Jahrhundert entstand erst unsere noch heute geltende Segmentierung der Wissenschaft; in der Folge wurde und wird dann behauptet, die strengere Wissenschaft sei immer imstande, sichere(re) Erkenntnisse zu liefern als die diskursive, insofern sie sich auf den Begriff der «Natura» und deren Gesetzmäßigkeiten beziehe. Doch dies ist nur beschränkt richtig, wenn etwa von der klassischen Physik gesprochen wird. Ansonsten wird diese Ansicht schon fast (wieder) zu einer Frage des wissenschaftlichen Glaubens. Denn es ist ja hinreichend bekannt, dass selbst die strengere Form der Wissenschaft, wie sie die Naturwissenschaft dem segmentären Modell zufolge repräsentiert, keine «gesetzten», «fixen» und «ewigen» Erkenntnisse produziert. So schmerzlich, ja viel-

¹⁵ Vgl. Uwe Justus Wenzel, Eine Ausdehnung des Nervensystems. Das Internet als Medium der Bewusstseinsweiterung und als Medium der Bewusstseinsstrübung (NZZ 23.10.2010).

leicht gar demütigend diese Einsicht ist, so eindeutig ist aber dieser Befund in Anbetracht der grundlegenden Fragestellungen aller Wissenschaften, wie diese sich insbesondere mit Bezug auf den Begriff des Lebens zwischen Astronomie, Biologie und Physik heute stellen.¹⁶ Es zeigt sich somit, dass die scheinbar so «sicheren» Wissenschaften mit der Diskursfähigkeit der offeneren Wissenschaften¹⁷ notgedrungen kooperieren müssen. Dann können sich die neueren Theorieprodukte immerhin dies zu Gute halten, dass sie zwischen den segmentären Wissenschaften eine Beschleunigung der Kommunikation bewirkt hätten.

d) Zweck und Methode

Im Sinne der vorgenannten Kernfrage ließe sich nun folgern: Die wissenschaftliche Sicherheit sei das Ergebnis aus drei Faktoren, nämlich der methodischen Transparenz, der Verdichtung der Vielfalt der Beitragsmöglichkeiten zur Problemstellung sowie der Offenheit gegenüber grundlegender Kritik. Mit diesen drei Faktoren wären somit gewährleistet: durch die methodische Transparenz der Nachvollzug der einzelnen Schritte im Prozess der Wissensbildung, durch die Verdichtung der Vielfalt möglicher Beiträge zu einer Problemstellung die inhaltliche Breite von Antwortmöglichkeiten und durch die Offenheit gegenüber Kritik die Konsistenz der Wissensbildung. Der Zweck aller Wissenschaft liegt somit darin, «sicheres», im Sinne von möglichem, wenn auch bedingtem (also nicht ewigem), doch praktikablem Wissen zu schaffen. Diese immanente Zweckbestimmung kann und soll daher die Methode einer Wissenschaft ebenfalls definieren.

III. Die Wissenschaft vom Recht

A. Wozu eine Rechtswissenschaft?

Nach heutiger Sprachregelung können wir sagen: Das Recht setze sich mit dem Regelungsbedarf von Gesellschaft und Staat auseinander, und das Wissen darüber sei, sofern es nur gründlich gesichert erscheine, die Wissenschaft davon. Die Wissenschaft vom Recht muss die drei vorerwähnten Begriffe von Recht, Gesellschaft und Staat, die zwar je Verschiedenes bedeuten, jedoch untrennbar, das

¹⁶ Als Referenz seien hier die klugen und weitsichtigen Beiträge des emeritierten Baseler Professors für Biochemie, *Gottfried Schatz*, genannt, die u.a. in der NZZ erscheinen, wie zuletzt (in Anspielung auf Arthur Schnitzler): Das weite Land (NZZ 8.12.2010).

¹⁷ Vgl. dazu zuvor unter Ziff. 2.3.

heißt notwendig miteinander verbunden sind, auch in ein und demselben theoretischen Gedankenschritt in *einem* Begriff vergegenwärtigen. Diese sind dann in ihrem grundlegenden Verhältnis zueinander *als ihre Einheit* zu begreifen. Das heißt, die methodologischen Elemente der Nachvollziehbarkeit, Vielfalt und Offenheit müssen daher auch in ihrem Begriff von Recht, Gesellschaft und Staat konkret präsent sein.

Daher kann es sich bei der Bildung der Rechtswissenschaft auch nicht alleine (wie dies aktueller Auffassung noch entspricht) um eine äußere Begrifflichkeit von bloss theoretischer Relevanz handeln, die sich im Sinne einer *l'art pour l'art* selbst nur zum Gegenstande nimmt, sondern sie muss zentral ein konkretes, wenn auch bedingtes Wissen über diesen grundlegenden Funktionszusammenhang von Recht, Gesellschaft und Staat und über dessen Bedeutung für uns Menschen und Bürger zu der Zeit, in der wir leben, haben. Es nützt wenig oder nichts, diese Begriffe als bloße Konstrukte zu sehen, was sie zwar *auch* sind – doch dies besagt rein in historischer Sicht nur *etwas* –, denn in ihrer Konstruktivität und Rationalität sind sie in praxi stets *wesentlich*, insofern sie konkrete Auswirkungen auf die Menschen und ihre Institutionen zeitigen.

B. Kritikpunkte zur Rechtswissenschaft

Es ist, wie es immer war und weiterhin sein wird, dass sich auch im wissenschaftstheoretischen Diskurs manche Modetrends in den Vordergrund schieben und manch andere, substantiellere Denkformen mit kritischem Potenzial verdrängen. Einen solchen Vorgang hat jüngst Ralf Poscher mit Bezug auf ein «Phantom» der sogenannten «Prinzipientheorieindustrie» des (durchaus zu Recht hoch geachteten) Robert Alexy ausgemacht.¹⁸ Poscher erklärt, wie Alexy mit einem Stab von Gefolgsleuten eine Prinzipientheorie der Grundrechte in Abgrenzung zum Positivismus angelsächsischer Provenienz zu etablieren versuchte und sich hierbei in überflüssige Differenzierungen verstiegen hatte. Dagegen macht Poscher zu Recht geltend, dass die traditionelle Rede von Rechtsprinzipien weiterhin durchaus Sinn mache, doch dass es dabei nicht um Optimierung (resp. Ausdifferenzierung) gehen könne, sondern schlicht um deren faktische Beachtung in der Praxis.¹⁹ Denn der Unterschied eben liege darin, dass das Feld der

¹⁸ Ralf Poscher, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft, Heft 4 2010, 349–372.

¹⁹ Poscher (Fn. 18), 370ff.

Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie nicht mit demjenigen der konkreten dogmatischen Arbeit in der Praxis zu verwechseln sei.

Damit gelangen wir wieder zurück auf den Boden der Gerechtigkeitsdiskussion, den wir Ende des 18. Jahrhunderts zwecks methodologischer Rettung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz als Rechtswissenschaft zu verlassen hatten, und zwischenzeitlich doch einsehen mussten, dass diese formalisierte Wissenschaft vom Recht nur um den Preis der Aufgabe ihres zentralen Anliegens, der Frage nach dem Recht, zu haben gewesen war.

1978 hat der schottische Rechtsprofessor und Europapolitiker Neil MacCormick diese Problematik mit Bezug auf das «alte» Verhältnis von naturrechtlicher und positivistischer Argumentation in mehr oder weniger analogen Worten wie neuerdings Poscher, als einen Streit um die Prinzipienfrage und ihre dogmatisch-praktische Ausdifferenzierung beschrieben.²⁰ 2009 hat Günter Hager diese Problemstellung nun aus der Perspektive des Richters weiter verfolgt, insofern das Richterrecht auch im kontinentaleuropäischen Raum der Kodifikationen immer größeres Gewicht in der Gestaltung des Rechts (also nicht nur des einzelnen Rechtsfalles) erhält, und der Richter daher sich immer wieder vor die ganz grundsätzlichen Fragen gestellt sehe, wie das Verhältnis eines konkreten Problems im Angesicht des Rechts überhaupt zu beurteilen sei. Ungeniert thematisiert Hager die personalen Voraussetzungen des guten Juristen,²¹ wie dies bereits im Zeitalter des Humanismus der Fall gewesen war, dass nämlich nicht nur intellektuelle, sondern ebenso charakterliche Qualitäten die personalen Voraussetzungen ausmachen.²² Hieraus lassen sich nach Hager «Folgerungen für die Rechtsmethode» ziehen, dass Gesetze aus ihrem Kontext heraus zu interpretieren sind – wie dies schon der römische Jurist Celsus für die seinerzeitige Juristenausbildung formuliert hatte²³ –, der sich heute aus übergeordneten Verfassungs- resp. Grundrechts- und Menschenrechtsnormen,²⁴ resp. – so würde ich gerne zusätzlich ergänzen –, den dazugehörigen Diskursen ergibt. Nicht, dass diese Diskurse selbst normative Qualität hätten, aber sie fördern doch das Bewusstsein für das Grundproblem. Denn solche Diskurse sind durchaus nützlich und deshalb werden sie immer wieder politisch wie wissenschaftlich zu unterbinden bzw. zu desavouieren versucht, weil sie das Argumentationskorsett einer bestimmten Absicht stören. Solche Diskurse haben ihr Vorbild in Sophokles' Dramaturgie der Rede zwi-

²⁰ Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford 1978 (rev. Ed. 1994), 61–63.

²¹ Günter Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, Tübingen 2009, 296ff., 328f.

²² Vgl. dazu Senn, *Rechtsgeschichte* (Fn. 4), 197–207.

²³ Celsus D. 1, 3, 17ff.: *Scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*.

²⁴ Hager (Fn. 21), 320ff.

schen Antigone und Kreon, deren Hauptziel die Abwehr von empörendem Unrecht in der Ausgestaltung von vermeintlich staatlichem Recht war bzw. ist.²⁵ Wieviel schließlich für solche Diskurse von Platon und Aristoteles noch heute gelernt werden kann, hat Ada Neschke-Hentschke in ihrem Werk immer wieder aufgezeigt,²⁶ und dies soll anhand von Aristoteles für unser Thema nun entwickelt werden.

C. Die Frage nach der Haltung oder dem Habitus

Diese neuen Diskurse sind so alt wie das Grundthema «Wissenschaft» selbst, das hier zu verhandeln ist. Kein Geringerer als Aristoteles hat in seiner *Nikomachischen Ethik* auf den entscheidenden Punkt in solchen Diskursen hingewiesen, nämlich auf die Frage nach der Grundhaltung, dem «Habitus»²⁷, der im Leben wie in der Wissenschaft zu gelten habe. Damit hat er in Bezug auf die Wissenschaft auch die Bedeutung der Methodik ins rechte Licht gestellt. Es ist eine oft überlesene Stelle im zweiten Kapitel der *Nikomachischen Ethik* betreffend die Einordnung des Habitus des Wählens und des Handelns als Tugend.²⁸ Übersehen wird diese Stelle wohl meist deshalb, weil wir seit der Einführung der positivistischen Lesart im modernen Wissenschaftsbetrieb und aufgrund des konsentierten neukantianischen Wissenschaftsverständnisses seit zweihundert Jahren vermeinen, Textstellen über die Tugend gingen uns heute nichts (mehr) an. Wie problematisch solche Lesart freilich ist, zeigt sich gerade beim Verständnis der Ausführungen von Aristoteles zur Grundlegung der Wissenschaften.²⁹ Mit Bezug auf Vernunft, Verstand und Wissenschaft hat Aristoteles ausgeführt, dass es keine freie Willenswahl gebe, ohne dass das Denken einerseits und der Habitus ande-

²⁵ Hager (Fn. 21), 333f.

²⁶ Hierzu ein Beispiel aus dem reichhaltigen Oeuvre Ada Neschke-Hentschke, Politik und Philosophie bei Plato und Aristoteles, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2004.

²⁷ Es geht hier um einen Begriff des Habitus mit Sicht auf das autonom denkende und handelnde Individuum, der sich postmodernen Ansätzen etwa von Pierre Bourdieu (1982, 1997) entgegenstellt, wonach unter einem Habitus ein Anpassungsprozess sozialer Milieus an die Lebensweise der herrschenden Klassen zu verstehen wäre.

²⁸ Aristoteles, Nikomachische Ethik, auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes, hrsg. v. Günther Bien, 4. Aufl., Hamburg 1985. Diese Stelle findet sich (nach der Zählung Bekkers) zwischen 1105a 25 und 1106a 30 dargelegt.

²⁹ Wie verheerend sich solch ahistorische Sichtweise auswirkt, zeigt das triviale Verständnis der Juristen von Hegels Rechtsphilosophie: Sie schließen den Begriff der Sitte als «Nicht-Recht» aus (vgl. dazu Marcel Senn, «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg, Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2001, 27–42, s. Beitrag 15, S. 247–262).

rerseits – als jeweils bewusste Haltung des Individuums im Umgang mit seiner Freiheit und Verantwortung – bewusst in den Entscheidungsprozess eingebracht werden,³⁰ und dass «Wissenschaft» überhaupt nur da möglich sei, wo eine bestimmte Überzeugung vorhanden sei und man Prinzipien kenne, denn sonst bliebe alles Wissen bloss zufällig.³¹

Um diesen Habitus zu erlangen und zu erhalten, sei es daher grundlegend, sich eine entsprechend ausgeglichene und dauerhafte Tüchtigkeit im bewussten Umgang mit seiner Freiheit und Verantwortung im und fürs Denken zu erwerben. Das ist eine typische Feststellung, wie sie für alle bedeutenden Philosophien der damaligen Achsenzeit im Grunde genommen zutrifft,³² sei sie diejenige von Siddharta Gautama (Buddha), Kung-Tse (Konfuzius), Lao-Tse (vielfach erachtet als der Begründer des Daoismus, doch keine historisch verbürgte Person), Sokrates, Platon und Aristoteles, ja die sich auch in der Grundhaltung von Jesus' Lehre wiederfindet. Sie alle strebten mit ihrem Habitus-Denken damals eine Reduktion der Vielfalt von intransparenten und zum Teil auch von unsinnig gewordenen Moralregeln an. Die sich ergebenden praktischen Fragen sollten aus einer ethischen Grundeinstellung zum Leben jeweils konkret beantwortet werden. Nicht tausend verschiedene Vorschriften, sondern eine Haltung zur Sache selbst sollte angestrebt werden. Und mit Blick auf Fragen des Rechts betreffend das gesellschaftliche Zusammenleben standen im Zentrum dieses Denkens nicht formalmethodologische Diskurse über Form von Recht und Gesetz, sondern Parabeln über das richtige Verhalten als weise Menschen. Doch das kann nicht wundern, denn auch der Rechtsbegriff entsprach damals nicht unseren Vorstellungen.

Wir trennen zwischen Sozial- und Rechtsnormen und zwar notgedrungen, insoweit wir der Ende des 18. Jahrhunderts im Westen eingeführten Dichotomie von Recht und Sitte folgen. Dies halten wir bis heute für klug. Diese Trennung machte Ende des 18. Jahrhunderts in einer noch festgefügt Welt auch durchaus Sinn, weil sie einerseits in der theoretischen Diskussion eine Entlastung von diskursiven Elementen religiöser und moralischer Art und somit kurzfristig eine Objektivierungsmöglichkeit mit sich brachte, und andererseits dadurch eine formale Sicherheit für Verfahren und Ergebnis erzeugte. Dieser zweite Aspekt wurde im frühen 19. Jahrhundert aber dermaßen dominant, dass «materialethische» Elemente in der Diskussion verboten waren.³³ Diese Verschärfung war allerdings

³⁰ *Aristoteles* (Fn. 28), 1139a 31–35.

³¹ *Aristoteles* (Fn. 28), 1139b 33ff.

³² *Elmar Holenstein*, Philosophie-Atlas. Orte und Wege des Denkens, Zürich 2004, 62f. beruhend auf Modell-Überlegungen von Hegel und Jaspers.

³³ Vgl. dazu *Welzels* Werk erwähnt in Fn. 2 zuvor.

auch eine Folge der totalen Revolution der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nach 1800 gewesen, die damals einen formalen Freiheitsbegriff propagiert hatten.³⁴ Diese Denkweise konnte siebzig Jahre später freilich nochmals guten Sinn machen, wenn man sich vergegenwärtigt, welche haarsträubende Naturalismen sich über – damals *nota bene* für Wissenschaft ausgegebene – Anschauungen von Sozialdarwinismus, Kriminalanthropologie und Rassenlehren in die als seriös geltende positivistische Wissenschaft eingeschlichen hatten und hernach noch von zwei oder drei Generationen gepflegt wurden.

Doch die Geschichte des Rechts belegt umgekehrt auch, dass die Engführung auf einen Formalaspekt des Rechts mehr zu einer Austrocknung des Rechts auf ein dürres Begriffsgezeige oder einen schieren Funktionalismus hinführte, und diese Engführung das Recht dennoch nicht vor einer Bemächtigung durch weltanschauliche Infiltrationen schützen konnte.³⁵ Der Wille zum Glauben in den institutionellen Funktionalismus und in eine ausdifferenzierende Dogmatik vermöchte auf einer theoretischen Ebene die praktischen Fragen des Rechts, wenn nicht vollständig, so doch grundsätzlich zu lösen, erwies sich bald als oberflächlicher Irrtum.

Was die Menschen direkt und alltäglich angeht, löst indessen keine Theorie. Es bedarf – wie dies Hager schon zuvor auf den Punkt brachte – eines persönlichen Engagements, sich für das Gerechte anwaltlich und richterlich einzusetzen. Erforderlich wäre, woran es meistens mangelt, konkrete Zivilcourage. Zu oft jedoch steigt die intellektuelle Elite in abstrakte Höhen des Theoretisierens, das selbst nicht einmal in theoretischer, geschweige in praktischer Hinsicht zu befriedigen vermag, und gleichzeitig gefällt sich diese Elite in der Pflege eines Legalismus und konkurriert darin, sich möglichst systemkompatibel zu verhalten.

Die Macht der Rechtsphilosophie besteht nicht in formalmethodologischen Wortspaltereien, sondern darin, dass sie aus der mitmenschlichen Betroffenheit heraus eine engagierte, kritische Denkweise einfordert. Denn die zentrale Frage aller Rechtswissenschaft war und ist die Frage nach der Gerechtigkeit, der letztlich der Raum zu gewähren ist, der diesem Grundthema gebührt.³⁶ Die Frage nach Gerechtigkeit ist die intellektuelle Möglichkeit der Infragestellung des Rechts und seiner Grundlagen und deswegen gerade nicht auch eine positive Theorie der Ge-

³⁴ Senn, Rechtsgeschichte (Fn. 4), 355 ff.

³⁵ Zu denken ist im 20. Jahrhundert an Faschismus, Nationalsozialismus, Sowjet- und Sinomarxismus.

³⁶ Darin läge auch eine Differenzierungsmöglichkeit (nicht-Notwendigkeit) zwischen einer universitären und einer fachhochschulischen Ausbildung.

rechtigkeit.³⁷ Erst mit dieser Denkweise wird dem reflexiven Habitus der Rechtswissenschaft voll Rechnung getragen.

Im berühmten fünften Buch über die Gerechtigkeit hat Aristoteles sodann gezeigt, wie sich diese Grundeinstellung in Anbetracht der konkreten Handlungen nach Maßgabe des Entscheidungsmusters von «gerecht/ungerecht» äußert.³⁸ Das ist, wie gesagt, eine Grundeinstellung, die weit von der heutigen Auffassung entfernt liegt, wonach sich Wissenschaft alleine in formalmethodologischen Kriterien äußere, weshalb Grundsatzfragen nach der «Haltung» entschieden abzuweisen seien, insofern sie keine methodisch saubere, auf Kriterien von «richtig/falsch» abgestützte Argumentation ermöglichen. Dagegen ist zu halten, dass die Frage, die sich in diesem Kontext wirklich stellen muss, nicht länger diejenige ist, ob sich die Wissenschaft einen Habitus leisten will oder nicht, weil die Antwort darauf aus der Wissenschaftssoziologie schon längst klar erteilt ist: Wir leisten uns immer schon einen Habitus. Die Frage ist nur, was wir davon im Hinblick auf die geforderte Transparenz offenlegen (wollen) oder nicht.

D. Der springende Punkt

Gehaltvolle Diskurse, wie sie Antigone und Kreon einst über die Frage nach der Gerechtigkeit führten, bleiben einem postmodernen bzw. insbesondere einem systemtheoretischen Verständnis zufolge als irrelevante oder gar unsinnige Geräusche – statt als ereignismotivierte Gespräche unter autonomen Menschen – außer Relevanz. Hier liegt denn für mich auch der springende Differenzpunkt zwischen dem hier vertretenen Ansatz und demjenigen einer Systemtheorie im Sinne von Niklas Luhmann hinsichtlich der Frage, welche Bedeutung dem Menschen und seiner Entscheidungsautonomie wissenschaftlich letztlich beizumessen ist.

Luhmann weist den Ausdruck «Mensch» als einen Einheitsbegriff zurück und löst ihn – zumindest in seinen späteren Schriften –, in autopoietisch operierende Systemkomponenten auf.³⁹ Darin erweist er sich allerdings einem «totalen» Ansatz eines Verwaltungsorganisationsdenkens – er nennt es Systemdenken – verpflichtet, das den Menschen nach Komponenten und Funktionen ansieht. Auch der Begriff der Person wird einzig aus dem Blickwinkel eines Verwalters eines

³⁷ So müsste z. B. die Rechtslehre Hegels gelesen und verstanden werden, weil sie alles andere als eine Theorie des Rechts ist.

³⁸ *Aristoteles* (Fn. 28), 1129a.

³⁹ Vgl. dazu *Detlef Krause*, *Luhmann-Lexikon*, 3. Aufl., Stuttgart 2001, 172f.

Organisationsregimes gesehen: Die Person sei eine «soziale Adresse der Kommunikation».⁴⁰ Dass solche Kommunikation nicht einen menschlichen Dialog auf der Grundlage der Fairness darstellt, darüber hat sich Jürgen Habermas mit Luhmann bekanntlich auseinandergesetzt. Luhmanns ambivalentes Vokabular vermag dies vielleicht zu beschönigen, aber analytisch nicht zu bereinigen.⁴¹ Ich versuche diese Kritik nun näher zu konkretisieren.

Gemäss Konstruktionsplan der autopoietisch operierenden Systeme aus dem Geiste ihres Schöpfers Niklas ist die strukturbildende Operation der Exklusion und Inklusion unabdingbar. Das heißt, diese Systeme werden mittels Öffnungen bzw. Schließungen sowohl gegen «Innen» wie gegen «Außen» gebildet. In dieser Allgemeinheit und Abstraktionshöhe erscheint diese Erklärung auch plausibel. Versucht man dann aber herauszufinden, wie sich dieses Differenzierungstheorem der Inklusion/Exklusion⁴² bei Luhmann «historisch» entwickelt hat, so verunklart sich schnell der Ursprung der systemischen Logik, und man nimmt nicht ohne Staunen ein recht «wildes» Entstehungsgeraune wahr. Dabei zeigt sich, dass die wissenschaftstechnokratische Sprache sich auch ganz gerne einmal mit einem trivialen Ausdruck paart.

Talcott Parsons, auf den sich Luhmann öfters bezieht, hat das Begriffspaar in seine Version einer Systemtheorie in der zweiten Hälfte der sechziger Jahre eingeführt. Gleichzeitig wurde es auch in der französischen Sozialtheorie häufiger verwendet, allerdings durch Rückgriff in der Binnentradition auf Émile Durkheim, somit in anderer Konnotation. Das Begriffspaar lag somit rezeptionsbereit. Dennoch erscheint es als Theorem bei Luhmann nicht vor 1980; 1995 hat er ihm durch einen eigenen Beitrag volle Aufmerksamkeit zugewandt.⁴³ Zwischen diesen offiziellen Strängen der Wissenschaft schiebt sich jedoch noch ein weiterer bemerkenswerter Strang, den Luhmann ebenfalls rezipierte, doch der das Begriffspaar auf eigene Art vernebelt.

1980 fand in Acapulco, Mexico, der *International Congress on Applied Systems Research and Cybernetics* statt, dessen Ergebnisse im Folgejahr in sechs Volumen publik wurden. Im zweiten Band findet sich ein Aufsatz von Ranulph Glan-

⁴⁰ Vgl. dazu Krause (Fn. 39), 184.

⁴¹ Es wäre wohl interessant zu wissen, wie autoritäre Regimes mit Luhmanns Systemtheorie umzugehen verstehen, und welche Stellung Luhmann diesbezüglich konkret eingenommen hat. Aus der Sicht der Systemtheorie spielt dies «natürlich» keine Rolle.

⁴² Sina Frazin, Sichtbarkeit durch Unsichtbarkeit. Die Rhetorik der Exklusion in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, *Soziale Systeme* 14 (2008), 191–209.

⁴³ Niklas Luhmann, Inklusion und Exklusion, in: *Ders.*, *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, 237–264.

ville und Francisco Varela. Der Aufsatz trägt den Titel: *Your inside is out and your outside is in*.⁴⁴ Die Autoren beschreiben darin das Begriffspaar der Intension und Extension unter Bezug auf George Spencer Brown gemäss dessen Hauptwerk *The Form of Laws* von 1969. In klaren Worten bringen sie das Verhältnis von Selbst- und Außenbeobachtung auf den Punkt und erklären nachvollziehbar, dass sich «Innen» und «Außen»-Sichtweisen aufheben würden. An diesem Punkt zitieren sie die Zeile, die den Titel ihres Beitrags abgibt, und ergänzen im Titel – in Klammern – die unwissenschaftliche Urheberchaft, nämlich die «Beatles, 1968». Die Grundlage dieses Differenzierungstheorems von «innen/aussen» bildete nämlich der jene Zeile enthaltende Beatles-Song «*Everybody's got something to hide except [for] me and my monkey*»⁴⁵ aus dem weltberühmten *White Double-Album*, das im November 1968 erschienen war, und von dem sich mit Fug sagen lässt, dass es seinerzeit sehr viele Menschen – auch Gelehrte – sehr wohl kannten.

Luhmann nun nimmt auf diesen Beitrag von Glanville/Varela in seinem Beitrag *Ökologie des Nichtwissens*, den er in *Beobachtungen der Moderne* 1992 veröffentlichte (wiederveröffentlicht 2006) am Ende Bezug und zwar im Kontext einer allgemeinen Rechtfertigung seiner Systemtheorie, wobei er Browns Opus in einer Neuedition von 1979 (!) zitiert.⁴⁶ Das Differenzierungstheorem wie übrigens auch das Werk Browns, *The Form of Laws*, bilden in der Folge eine der Hauptstützen der Systemtheorie Luhmanns ab anfangs der achtziger Jahre. Nun auch verselbstständigt sich dieses Theorem von «*inside*» und «*outside*», das für die Luhmannsche Systemtheorie grundlegend geworden ist, autopoietisch.

Alle diese Stränge sind also in diesem Theorem präsent. Es könnte somit auch ein einfaches Beatles-Lied den Ausgangspunkt des Theorems gebildet haben, was chronologisch sogar die naheliegende Version im Entstehungsgeraune wäre. Den Beleg für die Annahme fänden wir bei Luhmann allerdings erst 1992. Die Referenz auf diesen Song wäre allerdings auch eine ehrliche Antwort. Denn was

⁴⁴ Ranulph Glanville/Francisco Varela, «Your inside is out and your outside is in». (Beatles, [1968]), in: George Eric Lasker, *Applied systems and cybernetics*, Vol. II: *Systems Concepts, Models and Methodology*, New York u.a., 1981, 638–641.

⁴⁵ Das Lied, auf das sich die beiden Autoren beziehen, stammte aus der Feder von John Lennon, der darin sein Verhältnis zu seiner damaligen Geliebten Yoko Ono besang. Die Grundaussage war einfach, um nicht zu sagen, trivial, nämlich: Wir zwei haben nichts zu verbergen, doch die Leute sehen nicht, wer wir wirklich sind, und halten das Äußere für das Innere. Lennon mokierte sich also darüber, wie Unbedeutendes bedeutend wird, und das Wesentliche – die Liebe – vergessen geht. Es ließe sich ergänzen: Dieses Innen/Außen-Sehen verdoppelt das Ich und gibt ihm ein zusätzliches Gesicht in Form eines Affen («*me and my monkey*»).

⁴⁶ Niklas Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen 1992, 214, Anm. 81 und 82.

das Lied sagt, trifft auch auf Luhmann selbst zu: Alle haben etwas zu verbergen, auch Luhmann, und deshalb entstehen diese Innen- und Außenperspektiven auch. Denn – so Glanville und Varela in ihrem Beitrag – die Doppelung von Innen/Außen ist künstlich, nicht notwendig. Wie dem auch sei, die Systemtheorie liebt das Spiel mit dem Paradoxen. Und dadurch erzeugt sie ihre Form der Meta-Tautologie, und das scheint sie für viele so spektakulär zu machen, ganz abgesehen davon, dass sie das nur allzu menschliche Bedürfnis nach einer holistischen Erklärung *für alles* mit ihren elliptischen Systemkonstruktionen befriedigt.

IV. Fazit

Wenn das Recht, seine Wissenschaft sowie deren Methoden bloße formale Konstrukte blieben, wie behauptet wird, dann endeten alle Bemühungen um das Recht in solch tautologischen Diskursen, die nichts besagen und die man sich in der Tat auch besser (er)sparte. Doch wozu dann noch eine Theorie? Es wäre dann wohl folgerichtiger, auch die Pseudo-Methodologie abzuschaffen.

Bereits vor vierhundert Jahren hat William Shakespeare in seinem *Hamlet* dies sarkastisch auf den Punkt gebracht, was von solcher Wissenschaft, die reine Methode bleibt, zu halten ist: «*Though this be madness, yet there is method in't*». ⁴⁷ Damit blieben dann wohl tausende von «inside»-igen Seiten, die irritierendes Rauschen auslösen, als letzte Sinnstiftung einer tautologischen Kultur, in der weder Recht noch Mensch eine Relevanz haben, «außen vor», und die Zeichenhaftigkeit ihrer Textstrukturen verdampfte im Nichts, woher sie einst auch geräuschvoll kamen.

Doch die Aufgabe der Wissenschaft vom Recht ist es ja gerade nicht, sich diese tautologische Wortakrobatik zu eigen und zu Nutze zu machen, sondern sie hat – solange es noch Menschen gibt, die sie betreiben – den Sinn von Recht in Gesellschaft und Staat als jenen Orten, in denen letztlich das Menschlich-Humane sich ereignen können sollte, zu entwickeln und zu etablieren. Dies wird nicht gelingen, ohne stets einen wachen Geist für die Probleme der eigenen Zeit, einen klaren Intellekt mit deutlicher Sprache und eine gehörige Portion an Zivilcourage zu haben, die nur jenem Habitus entspringen, der uns Menschen, wie ich es sehe, zu dem macht, wozu wir gedacht sind: Eigenständige zu sein, nicht Angepasste.

⁴⁷ *Shakespeare, Hamlet, 2. Akt, 2. Szene.*

Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten*

Inhaltsübersicht

I. Was ist «Europa»?	119
II. Wissenschaftsgeschichte der europäischen Wissenskonzeption	122
III. Offenheit der heutigen Wissenskonzeption	124

I. Was ist «Europa»?

Europa ist keineswegs leichter zu verstehen als der Vielvölkerstaat China, die uns gegenwärtig irritierende Welt des Islam oder das offensichtlich zwischen Moderne und Tradition balancierende Indien. Hätten wir einen Atlas vor uns, so wäre unser Blick mit den vorangegangenen Referaten zu China, Indien und dem Islam von den grossflächigen Gebieten im Osten nun zum spitzen Ende des Westens geschweift, das wir Europa nennen. Mit den vorangegangenen Referaten haben wir zugleich auch eine Zeitreise von der vorchristlichen Zeitrechnung über das Mittelalter zur oft überschwänglich gelobten «neuen Zeit» gemacht.

Doch was ist dieses Europa? Drei Aspekte sind sicherlich zu unterscheiden, wenn wir über Europa sprechen: erstens das geografische Europa, das sich von der Welt Asiens am Bosphorus und Ural sowie von den übrigen Kontinenten durch das Meer abgrenzt, zweitens die gegenwärtige politische Union des nationenreichen Europas und drittens das kulturelle Europa mit seiner vielfältigen, durch Brüche und Verwerfungen, aber auch durch Konstanten gekennzeichneten Geschichte. Wir sprechen hier jedenfalls vom «kulturellen» Europa, das – dies sei vorweggenommen – wohl weitaus stärker als die drei erwähnten Vergleichskulturen eine Konstruktion, freilich eine gehaltvolle und realitätsbezogene Konstruktion ist, und zwar eine der Neuzeit,¹ die sich mit dem Kolonialismus des

* Erstpublikation in: *Universitäres Wissen teilen – Forschende im Dialog*, hrsg. v. Hans-Ulrich Rüegger, M. Arioli, H. Murer, Zürich: vdf Hochschulverlag 2009, 145–151.

¹ Vgl. etwa J.-B. Duroselle, Artikel «Europe. A. Histoire de l'idée européenne», 1983, *Encyclopaedia Universalis*, Corpus 8, Paris: Encyclopaedia Universalis 2002, 998–1004, bes. 998; W. Tielker, *Europa – Die Genese einer politischen Idee. Von der Antike bis zur Gegenwart*, Münster:

16. Jahrhunderts zu konstituieren begann² und die durch die ethnologischen und rassentheoretischen Diskurse im 19. Jahrhundert überhöht wurde.³ Mit der Nabelschau auf Europa, welche die Bildung eines Selbstverständnisses kritisch hinterfragt und damit auch emotionale Aspekte berührt, werden wir uns auch jener Eigenart nähern, wie man in Europa mit Wissen umgeht. Im Gegensatz zu den vorherigen Referaten, bei denen wir vor allem wissbegierige Beobachtende waren, sind wir hier wohl alle direkt Mitbetroffene.

Von Europa wurde erstmals in einem griechischen Mythos gesprochen.⁴ «Europa» soll der Name eines schönen Mädchens in Phönizien – heute Syrien und Palästina – gewesen sein, das der griechische Gott Zeus nach Kreta oder, wie der Mythos auch sagt, nach Griechenland entführt und dort geschwängert haben soll. Der Mythos drückt dadurch die Vereinigung der vorderasiatischen mit der griechischen Kultur aus.⁵ Das vorderasiatische Element lässt sich noch etymologisch darin nachweisen, dass «Europa» einen Bezug zur semitischen Sprache hat.⁶ In der heute noch gesprochenen semitischen Sprache des Hebräischen bedeutet das Wort *ereb* «dunkel» und bezeichnet somit das Abendland – den Okzident.

Der Okzident umfasste in der Antike die Kultur Palästinas und Nordafrikas sowie Griechenlands, Italiens und Galliens, also der Länder, wo die Sonne untergeht.⁷ Das ursprüngliche Europa bezeichnete somit auch einen weiteren kulturübergreifenden Kontext, wie er etwa noch im zweiten Jahrhundert im Imperium Romanum gegeben war, als das Römische Reich insbesondere die Küstenregionen des Mittelmeerraums umfasste. Heute grenzen wir einen grösseren Teil dieser Länder

LIT 1998, 112f. Für die Belege zum Sprachgebrauch vgl. Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Register, Band 8/1, Stuttgart: Klett-Cotta 1997, 304ff.: Sämtliche Belege beziehen sich auf die Neuzeit (Ziff. IV–VI = ab 16. Jh.).

² H. Kiesewetter, Das einzigartige Europa. Wie ein Kontinent reich wurde, Stuttgart: Steiner 2006, 26ff., 115ff., 131ff.

³ Vgl. dazu den Katalog: Mythos Europa. Europa und der Stier im Zeitalter der industriellen Zivilisation, hrsg. von S. Salzmann, Hamburg: Ellert & Richter 1988.

⁴ Vgl. W. Bühler, Europa. Ein Überblick über die Zeugnisse des Mythos in der antiken Literatur und Kunst, München: Fink 1968, 9–16.

⁵ Bühler, Europa (s. Anm. 4) 39f.: Bühler macht unter Verweisung auf Herodot allerdings geltend, dass die identische Bezeichnung des Kontinents mit dem Namen der entführten Phönikerin nicht authentisch sei.

⁶ Tielker, Europa (s. Anm. 1) 19; vgl. Artikel «Europa», Brockhaus Enzyklopädie in 30 Bänden, Bd. 8, Leipzig/Mannheim: Brockhaus, 21. Aufl. 2006, 514, Sp. 2.

⁷ J. Fischer, Oriens – Occidens – Europa. Begriff und Gedanke «Europa» in der späten Antike und im frühen Mittelalter (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz 15), Wiesbaden: Steiner 1957, 14f., zeigt, wie im Übergang von der Spätantike zum Frühmittelalter die biblische Geschichte von Nochs drei Söhnen (Gen 9,27 + 10,5) die drei Begriffe Asien, Afrika und Europa ins Verhältnis zu Orient und Okzident setzte und dies seit dem 7. Jh. tut.

aus, denn Europa bedeutet die Fokussierung bzw. Verengung auf die Länder des Westens.

Allerdings lässt der Sachverhalt aus der Antike noch erahnen, welche kulturellen Verflechtungen und Transfers dieses Europa einst gestalteten. Dies lässt sich noch heute daran ablesen, wie viele der kulturellen Grundlagen Europas – wie Sprache, Schrift, Mathematik, aber auch intellektuelle und religiöse Vorstellungen – aus Griechenland und dem Vorderen Orient stammen.⁸

Unser heutiger Begriff «Europa» ist, so sehe ich es, durch zwei politische und kulturelle Zäsuren der Folgezeit geprägt worden: erstens durch die im Jahre 395 erfolgte Teilung des Imperium Romanum in ein West- und ein Ostreich sowie zweitens durch das kirchliche Schisma von 1054, wodurch die umfassende (katholische) Kirche des Hochmittelalters in eine West- und eine Ostkirche gespalten wurde. Diese Trennung in Ost und West wurde durch die Ausbreitung des Islam im 7. und 8. Jahrhundert bzw. durch die Abgrenzung des Westens gegenüber dem Osmanischen Reich im Verlaufe des 14. bis 17. Jahrhunderts verstärkt. Aus dieser Abgrenzung konstituierte sich mit der Kolonialisierung das westliche Verständnis von Europa in der frühen Neuzeit.

Unser Wissen bezüglich Europa bedarf somit einer Präzisierung: Der Begriff «Europa» war zwar der Führungsschicht im karolingischen Reich des 8. Jahrhunderts noch bekannt, doch im Hoch- und Spätmittelalter sprach man in der Regel von der *christianitas* und nicht von Europa. Zu einer erneuerten politischen Vokabel wurde dieses christliche Europa erst wieder im 19. Jahrhundert, nachdem der Begriff von Europa in der Renaissance und Aufklärung als Formel der Entgegensetzung zur sakralen *christianitas* des Mittelalters erneut aufgenommen worden war. Die politische Restauration und die literarische Romantik wollten ein Europa jenseits der Auswirkungen der französischen Revolution im Sinn einer politischen Einheit christlicher Nationalstaaten wiederherstellen.⁹ Damit entstand auch die Idee eines neuen religiösen und politischen Reiches Europa – eine Utopie der Restauration –, die in der Zukunft Gestalt annehmen sollte und die auch heute noch unsere Auffassung von Europa formt. Verstärkt wurde diese restaurative Auffassung eines zukünftigen Europa durch linguistische, ethnologi-

⁸ H. Münkler, Reich – Nation – Europa. Modelle politischer Ordnung, Weinheim: Beltz Athenäum 1996, bes. 108–111.

⁹ R. Schröder, Europa – was ist das? Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1, 2003, 26–30, bes. 27.

sche¹⁰ und rassentheoretische¹¹ Paradigmen des 19. Jahrhunderts, die im Kontext der staatlichen Binnenindustrialisierung und im Kontext der internationalen Konkurrenzen der Volkswirtschaften schliesslich zu einem aggressiven Nationalismus führten.¹² Soweit es heute noch irritiert, dass «Europa» auch ein Wort semitischen Ursprungs ist, ist dies wohl ein Indiz für ein rassentheoretisches Element in unserer Sichtweise, das uns beim Stichwort «semitisch» aufstösst.

II. Wissenschaftsgeschichte der europäischen Wissenskonzeption

Dieser kritische Blick führt uns nun auch in den Fokus der spezifischen Wissenskonzeption in Europa. Während das europäische Mittelalter Wissen und Glauben im Sinn der *christianitas* noch bewusst aufeinander bezog, wie wir diesen Bezug heute beim Islam mit Angst oder Staunen zur Kenntnis nehmen, propagierten der Rationalismus und die Aufklärung im 17. und 18. Jahrhundert gerade deren strikte Trennung. Hauptursache für diese strikte Trennung bildeten die verheerenden Auswirkungen der Religionskriege des 16. und 17. Jahrhunderts sowie die Massenverfolgungen von Hexenleuten, die die ersten politischen Säuberungsprozesse der Neuzeit darstellten. Dafür machte man die Verbindung von Wissen und Glauben des Mittelalters verantwortlich und sah in deren Trennung das «säkulare» Heilmittel für das «sichere» Wissen, das solche Auswüchse nicht länger ermöglichen, sondern vielmehr unterbinden sollte. Referenzgrundlage bot auch hier zunächst die griechische Antike, die zwischen Meinung und Wissen klar unterschieden hatte.¹³ Als Erkenntnis sollte fortan nur noch jenes Wissen gelten, das im kritischen Prozess der Forschung nach methodischen Prinzipien gefunden wird und das sich in der Folge wiederholen und von Dritten jederzeit überprüfen

¹⁰ Z.B. E. Diesel, *Vom Verhängnis der Völker. Das Gegenteil einer Utopie*, Stuttgart/Berlin: J. G. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger 1934, 101; C. Schuchhardt, *Alteuropa. Die Entwicklung seiner Kulturen und Völker*, Berlin: de Gruyter 1941, 3.

¹¹ Vgl. B. Decker, «Europa» mit Arierpass. Geisterfahrt durchs Ewige im deutschen Faschismus, in: Salzmann (Hrsg.), *Mythos Europa* (s. Anm. 3) 104–120.

¹² M. Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 4. Aufl. 2007, 363–399.

¹³ Vgl. H.-G. Gadamer, *Das Erbe Europas. Beiträge*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995, 14–17. Ferner: M. Erler, *Platon, Die Philosophie der Antike*, Bd. 2/2 (Grundriss der Geschichte der Philosophie, begründet von F. Überweg), Basel: Schwabe 2007, 355f.; *Platon, Politeia*, 476a–480a; H. Flashar, *Aristoteles. Die Philosophie der Antike*, Bd. 3. *Ältere Akademie. Aristoteles – Peripatos* (Grundriss der Geschichte der Philosophie, begründet von F. Überweg), Basel/Stuttgart: Schwabe 2004, 379–387.

lässt.¹⁴ Entsprechend sollte sich das Wissen auch nur noch auf jene Form von Wirklichkeit beziehen, die sich als naturgesetzter Kontext der sichtbaren Welt lesen liess.

Diese Sicht übertrug sich zum Beispiel auf das Recht. Zunehmend wies sich das europäische Rechtsverständnis als ein weltliches, von Moral und Ethik losgelöstes Regeld Denken aus, das ein eigenes ausdifferenziertes System von Bestimmungen des zwischenmenschlichen Verhaltens entwickelte.¹⁵ Die Bereiche des seriösen Wissens und des strikten Rechts konstituierten sich somit wechselseitig.¹⁶ Die neue Erkenntnistheorie zeitigte damit auch gesellschaftliche Auswirkungen. Die Bereiche des Öffentlichen und Objektiven wurden von den Bereichen des Privaten und Subjektiven parallel zur Entwicklung des modernen Begriffs von Staat und Privatbereich abgegrenzt. Meinen und Glauben waren nunmehr Sache des Subjektiven und Privaten, während wissenschaftliche Erkenntnis öffentliche und objektive Geltung zu repräsentieren hatte. Der religiöse Glaube oder das alltägliche Meinen und die wissenschaftliche Erkenntnis waren nunmehr klar geschieden. Seriöse Wissenschaft konnte sich in der Folge nur noch auf jenes Wirklichkeitssegment beziehen, das sich nach den Kriterien einer, wie auch immer verstandenen «objektiven» Transparenz und Kausalität unmittelbar methodisch in den Griff nehmen liess.¹⁷ Die Natur – oder was man darunter zu verstehen glaubte – wurde zur dominanten Metapher für die neue Allmächtigkeit des Wissens, das die Übereinstimmung von Sache und Verstand nun in der Form des Naturgesetzes ausdrückte. Dieses Wissenschaftsgesetz der Neuzeit ersetzte jetzt – so liesse sich zugespitzt formulieren – den Gottesbegriff des Mittelalters. Davon war zuvor bei Peter Schulthess die Rede, wenn er vom Standpunkt des «göttlichen Panoptikums» sprach.

Diese Entwicklung zeitigte auch einen neuen Sozialstand, der für Europa charakteristisch wurde, nämlich den Stand des Wissenschaftlers, jenes trockenen, leicht verbissenen, jedenfalls rein sachlich ausgerichteten Forschers und Lehrers, der keine Lebensweisheit lehrt, sondern sich im Sinne des Objektivismus ganz auf seinen Gegenstand einlässt. Diese Entwicklung war mit der Geschichte der Insti-

¹⁴ J. Hardy/S. Meier-Oeser/M. Mulsow/A. Arndt/M. Anacker/P. Gehring, Artikel «Wissen», Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 12, Basel: Schwabe 2004, Sp. 855–902.

¹⁵ Senn, Rechtsgeschichte (s. Anm. 12) 266ff., 276f., 304–308.

¹⁶ M. Stolleis, Artikel «Europa», Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin: Schmidt 2007, Sp. 1439–1441.

¹⁷ Senn, Rechtsgeschichte (s. Anm. 12) 250f.

tution der Universität aufs Engste verbunden,¹⁸ in der sich die individuelle Denk- und Meinungsäusserungsfreiheit gegen kirchliche, soziale und politische Meinungen entfalten können sollte. Was oder wer auch immer zum Lichte der Erkenntnis strebte, sollte daher frei wachsen und gedeihen können.

Diese Vorstellung hing auch mit einem spezifischen Begriff des Menschen als Individuum zusammen, wonach der Mensch von sich aus nach Wissen strebt und Befriedigung empfindet, wenn er seinen Intellekt betätigt und Erkenntnis gewinnt.¹⁹ Diese ebenfalls aus der Antike rezipierte, mit dem christlichen und hernach mit dem säkularisierten Menschenbild harmonisierte Vorstellung lässt sich gewiss auch in den Philosophien anderer Kulturen wiederfinden. Doch in der Universität, wie sie Europa als autonome Institution der Bildung entwickelte, sollte der Raum des öffentlich gesicherten Wissens begründet und verankert werden. Gleichzeitig wurden dadurch die Autonomie des Individuums sowie die Freiheit aller an der Forschung und Lehre Beteiligten anerkannt, sofern und solange diese ihre wissenschaftlichen Diskurse jenseits des Religiösen und Meinungsmässigen führten.

III. Offenheit der heutigen Wissenskonzeption

Wenn heute jedoch Europäerinnen und Europäer nach den Wissenskulturen Asiens dürsten, so wohl deshalb, weil sie gerade die sachliche Stringenz des modernen Wissenskonzepts des Westens als einengend empfinden. Zwar gibt es für die Entwicklung dieses konzisen wissenschaftlichen Wissensbegriffs historisch rationale bzw. plausible Gründe, wie wir gesehen haben. Doch dadurch wurde auch ein Erfahrungswissen einer anderen sozialen Gruppe als derjenigen der Wissenschaftler, das zur Bewältigung des Alltags, überhaupt zur Meisterung des Lebens mindestens ebenso gut taugt, als unseriös disqualifiziert, wie umgekehrt die Wissenschaft für viele zur Lebenshilfe und Welterklärung avancierte, für manche sogar zur Ersatzreligion. Daraus resultierten erhebliche Wissensverengungen.

¹⁸ M. Senn, Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie in der frühen Neuzeit, in: V.R. Lieberwirth/H. Lück (Hrsg.), Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages in Halle an der Saale, 10.–14. September 2006, Baden-Baden: Nomos 2008, 400–420, bes. 415f., s. Beitrag 9, S. 141–162.

¹⁹ A. Speer, Artikel «Wissen, Wissenschaft», Lexikon des Mittelalters, Bd. 9, Stuttgart/Weimar: Metzler 1999, Sp. 260f.

Damit freilich stehen wir nun fast so klug wie zu Beginn vor der Frage nach dem Sinn unseres westlichen Wissenskonzepts. Unsere Ausführungen zeigen aber doch eines klar: Wissenschaft macht Sinn, wenn sie sich selbst reflektiert. Denn Nutzwissen erfüllt nur im Moment, Grundlagenforschung alleine trägt weiter. Und gerade diese Einsicht rufen uns nun andere Kulturen wieder in Erinnerung, wenn sie ihr Wissen mit uns Westlern teilen. Bei uns zählt vor allem, was sich auszahlt. Nutzdenken, wie es heute in Europa geläufig geworden ist, markiert wohl die letzte Stufe in der Verengung des aktuellen Wissensbegriffs.

Das wissenschaftliche Wissen ist und bleibt jedoch stets prozessuales Wissen, ein Wissen, das sich dauernd verändert, das in Diskursen neu gestaltet wird, wie Angelika Linke dies anschaulich dargelegt hat. Am Ende freilich werden damit öfters mehr Fragen aufgeworfen, als gestellte beantwortet. Dies scheint man heute in der Euphorie des Nutzdenkens oft zu vergessen. Wissenschaftliches Wissen ist und bleibt immer ein offenes Wissen, weil es kein endliches Wissen geben kann, das nicht auch einmal falsifiziert werden könnte.²⁰ Man muss sich nur in Erinnerung rufen, dass es Menschen sind, die das Wissen in den Formen von Naturgesetzen formulieren.²¹

Dieses Wissen um die Begrenztheit unseres «sichersten» Wissens führt uns daher auch immer wieder an die Grenze der Wissenschaft überhaupt, so wie unser Glaubensbedürfnis hinsichtlich der Gewissheit des wissenschaftlichen Wissens – ein für die europäische Wissenskonzeption der Neuzeit wohl typisches Phänomen – uns auch unsere eigenen Grenzen zeigt. In dem Sinn besitzen wir im modernen Westen ebenfalls nur noch ein geteiltes Wissen. Was uns vielleicht fehlt, ist das Wissen der indischen Brahmanen oder chinesischen Meister oder schlicht eine Ethik, wie sie in aufgeklärten Kreisen Europas etwa von Baruch de Spinoza formuliert und von der Goethe-Zeit einmal rezipiert worden ist. Darin wird der Mensch als ein wichtiger, aber begrenzter Teil eines Umfassenderen gesehen, sei dies nun Gott oder die Natur.²²

²⁰ K.R. Popper, *Logik der Forschung* (1935), *Gesammelte Werke in deutscher Sprache*, Bd. 3, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, *Neuer Anhang I* (1933–1934) 301–307 und *Neuer Anhang XIV* (1981) 506–509.

²¹ Vgl. Th. S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen* [engl. 1962], Frankfurt am Main: Suhrkamp 1976, 60–63 und 104ff.

²² M. Hampe/U. Renz/R. Schnepf, *Einleitung: Spinozas Ethica ordine geometrico demonstrata*, in: M. Hampe/R. Schnepf (Hrsg.), *Baruch de Spinoza: Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt*, Berlin: Akademie, 2006, 1–15, bes. 9; W. Röd, *Benedictus de Spinoza. Eine Einführung*, Stuttgart: Reclam 2002, 17, 26, 89, 119, 146f., 296.

Wenn abschliessend danach zu fragen ist, was unser Wissen in Europa von demjenigen der drei anderen Kulturen konstant unterscheide, so dürften dies nur gerade zwei Parameter sein, nämlich die strikte Trennung der Wissensaspekte vom Glauben und die Institutionalisierung der qualifizierten Wissensgewinnung durch die Universität vor dem Hintergrund eines Begriffs des autonom und individuell handelnden Menschen.

Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century?*

Inhaltsübersicht

I.	The problem and the goal	127
II.	The intentions of the historical school of law (HSL) against the background of its political, social and economic conditions	129
III.	The reception of the HSL in other countries	131
	A. Austria	131
	B. France	132
	C. Switzerland	132
	D. The United States	133
IV.	Approaches of English legal education to US legal science and the HSL	134
V.	The historical controversy surrounding the above issues	138
VI.	The merits of a reception of the HSL	140

I. The problem and the goal

THE HISTORICAL SCHOOL OF LAW DOMINATED LEGAL EDUCATION in Germany during the nineteenth century. This school also exerted influence on the development of American law and American law schools in the late nineteenth and the early twentieth century. We have further evidence of a certain influence of the German historical school of law on legal education in other countries such as France, Austria and Switzerland. We know, however, less about a parallel in England during the nineteenth century,¹ although a certain general in-

* First published in Andrew Lewis, Paul Brand, Paul Mitchell (eds), *Law in the City. Proceedings of the Seventeenth British Legal History Conference, London 2005*, (Dublin: Four Courts Press, 2007), 249–261. Many thanks for helpful assistance to Prof. Andres Buja, University of Pennsylvania, and Prof. Wolfgang Ernst, University of Zürich.

¹ Knut Wolfgang Nörr, ‘The European side of the English law: a few comments from a continental historian’ in Helmut Coing and Knut Wolfgang Nörr (eds), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt* (Berlin, 1985), pp 15–30. The developments described

fluence of German on English culture existed during the classic and romantic period.² There had also been an evident influence by German authors of natural law in England and Scotland during the eighteenth century.³ It seems, however, that there was no connection in legal education between England and Germany in the nineteenth century.

In this essay I would like to establish whether this impression, that the historical school of law had little influence on English law, is correct as well as where this impression comes from, and I wish to conclude with critical discussion of the merits of the German historical school of law.

In the following I translate the traditional German term *Historische Rechtsschule* as 'historical school of law', and I use the abbreviation 'HSL' henceforth.⁴ Further I shall use the notion of 'reception' in the meaning that a methodological paradigm – not only a concrete method – is accepted and adapted to local cultural conditions.⁵ My own method does not follow a theoretical mainstream. I just try to reconstruct the facts as lawyers do in court, and I wish to be methodically correct and fair in my descriptions, aware that there always exists more than one way to present the facts.

by Nörr concentrate on some aspects from the twelfth to the seventeenth century and some influences of English Law on the continent in the nineteenth century. He mentions constitutional ideas, judiciary (the jury), the practice of using standardized contractual terms, the concept of trust, labour law and especially factory laws; see also, Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss* (3rd ed. Zürich/Basel/Genf, 2003), pp 334–8.

² Andreas B(ertelan) Schwarz, 'John Austin and the German jurisprudence of his time', *Politica*, 8 (1934), pp 178–99, 179f. Schwarz cites the following literature: Leslie Stephen, 'The importance of German', in *Studies of a biographer*, ii (1898), 38; John L. Haney, 'The German influence on S.T. Coleridge' (thesis, Philadelphia 1902); W. Streuli, *Th. Carlyle als Vermittler deutscher Literatur und deutschem Geiste* (Zürich, 1895); C. E. Vaughan, *Carlyle and his German masters* (Oxford, 1910); René Wellek, *Immanuel Kant in England. 1793–1838* (Princeton, 1931); J. H. Muirhead, 'How Hegel came to England', *Mind*, 36 (1927), 423ff. Further: Janet Ross (ed.), *Three generations of English women: memoirs and correspondence of Sunnah Taylor, Sarah Austin and Lady Duff Gordon* (2nd ed. London, 1893), Chap VIIIXVII, XV; Jack Beatson, 'Aliens, enemy, and friendly enemy aliens: Britain as a home for emigre and refugee lawyers', in Jack Beatson and Reinhard Zimmermann (eds), *Jurists uprooted: German-speaking emigre lawyers in twentieth-century Britain* (Oxford, 2004), pp 73–104, pp 75, 80 (for the nineteenth and early twentieth century).

³ Klaus Luig, 'Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert', in H. Coing (ed.), *Ius Commune*, iii (Frankfurt/Main, 1970), pp. 64–97, 91–94; Klaus Luig, 'Zur Verbreitung des Naturrechts in Europa', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 40 (1972), pp. 539–57, 546; Michael H. Hoeflich, 'Law & geometry: legal science from Leibniz to Langdell', *American Journal of Legal History*, 30 (1986), pp. 95–121, 108–12.

⁴ Schwarz, 'John Austin', p. 184.

⁵ As developed by Thomas S. Kuhn, *The structure of scientific revolution* (Chicago, 1962).

The present investigation shall address the following topics: an introduction to the intentions of the HSL and legal education in Germany against the background of its political, social and economic conditions in the nineteenth century, the influence of the methodological programme in Germany in the nineteenth and twentieth century, the reception of the programme of the HSL in Switzerland, Austria, France and the USA, the approaches of the English legal education to US-legal science and thereby indirectly to the HSL, and the merits of the HSL-concepts for legal education.

II. The intentions of the Historical School of Law (HSL) against the background of its political, social and economic conditions

The HSL was a German phenomenon of its time. It was the answer of mostly conservative intellectuals to the overwhelmingly political events that had occurred in France and to the economic developments in England.⁶

The French revolution as well as the English industrialisation meant the breakdown of an old social order and legal system that had endured on the continent since the late Middle Ages. The political revolution brought a collapse of the old social order in Europe as well as a time of occupation and war for almost twenty years. After the Vienna Congress of 1815 there was, however, no rebuilding of the former structures for the common people but a political and social alliance among the upper classes. The industrialisation was led by the middle classes, one of the former three estates, but without concern for public welfare. The experience of the collapse of the social and political structures after 1806 was therefore an enormous collective trauma for Germany. Everything seemed to be lost: political autonomy, social safety nets and economic prosperity. In those days, the main concern of the wider public was not freedom. Freedom was the political demand of only a minority, the middle classes, those who later wrote the books about liberty as the historical issue of the nineteenth century and who therefore passed their interpretations on to subsequent generations. But the majority of the population was (as we face this issue again today) looking for social guarantees. Freedom was a welcome but lesser gift.

⁶ Senn, *Rechtsgeschichte*, pp. 294–301, 327–35.

The collapse of the political and social system gave people a deep-seated feeling that the changes in the social environment were driven by incomprehensible circumstances and influences of the time. A shared tragic sense of life was fundamental for most of the subsequent social developments. This tragic sense was reflected in German philosophy and in the emerging ‘Geisteswissenschaften’ (*humanities*) where it was translated into the terms of scientific historicism. On the political level, after the decline of the Holy Roman Empire, one was compelled to ask: was Germany at all a nation like France, England or other countries? And, in general, what were the significant elements that constituted a nation?

At the time the debate over these questions was led by an elite of German conservative and liberal law professors. The liberals held that the German nation could be given an identity by a national code of law. Bavaria, Prussia, France and Austria had already such codes but Germany as a whole had none.⁷ This is why one of the celebrated professors of civil law, Anton Friedrich Thibaut in Heidelberg, demanded such a national code of private law for Germany in 1814. He was countered by the young conservative professor Friedrich Carl von Savigny who had just started teaching at the newly founded Humboldt University in Berlin.⁸ Savigny held that there was no necessity for a national code and that, on the contrary, a national code would only petrify the law and inhibit further development. In his eyes the advancement of law rested not on a nationwide code but on serious legal education in the national spirit.

The problem with this view was that at the time legal education was largely oriented on the principles and methods of Roman law. For this reason Roman law would be the framework in which the principles and specific rules of law would be discussed and developed by the intellectual elite for the foreseeable future. But how could ancient Roman law – in its various manifestations of byzantine, scholastic, humanistic and forensic practice – fit Germany’s needs for a modern law? And how could such a law advance the reunification of a country that was split into forty political entities? A link had to be found between the dogmatic and technical aspects of the law on the one hand, and political questions of nation building on the other hand. This link was found in the idea that law had its own organic history, that it naturally developed and adapted over time as part of a larger culture and spirit. Law was to be understood as part of tradition and social

⁷ Senn, *Rechtsgeschichte*, pp. 263, 266–9.

⁸ The two treatises by Thibaut and Savigny have been reprinted with a comment by Hans Hattenhauer (ed.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften* (2nd ed., München, 2002).

evolution, as opposed to law imposed by political revolutions. Roman law should therefore not be understood as a substantive law, but as an analytic method embodied in the corpus of Roman law. Consequently, substantive law was to be derived by lawyers from the people's historical spirit ('Volksgeist') which in turn was to be recreated from old home-grown sources with the methods of 'historicism'. Lawyers would then use the analytic method derived from Roman law to intelligently and fruitfully apply the law in society.

III. The reception of the HSL in other countries

The reception or non-reception of the HSL programme with its orientation on the principles of Roman law is not to be reduced to differences between legal systems, as one might expect at first sight. Switzerland and Austria belong both to the German type of legal system and had a moderate reception. France belongs to the Roman type of legal system but the reception was blocked by the Code Civil. The United States belong to the Anglo-American legal system and had a reception.

A. Austria

Within the Holy Roman Empire Austria played the dominating political part until 1803. When, however, Franz II had taken the imperial crown of the Austrian monarchy in 1804 and made himself Emperor Franz I of Austria (imitating Napoleon, who had taken the imperial crown of France a few months earlier), it became obvious that Austria would separate itself from the Holy Roman Empire. The kingdom of Prussia assumed the new political leadership in the nationalised Germany. Since the Seven Years War in the 1750s, there had been permanent conflict between Austria and Prussia. Both were sovereign states and both had therefore their own legal codes: Prussia the ALR (the Common Law of Prussia) of 1794 and Austria the ABGB (the Code of Private Law) of 1811. As different as both codes were – the Prussian Code was still responding to the society of the ancient regime – they belonged both to the era of the enlightenment and the natural law. Against this background it is to be understood that the Code was defended as imperial decree and the Emperor's prerogative. In the first half of the nineteenth century Austria was dominated by a school of lawyers who defended the Code's exegetically correct interpretation as the 'legal gospel' against the HSL. But thereafter a reception of the HSL took hold in Austria. The initial rejection of

the HSL gave way after a polemic attack by the responsible minister for education, Leo Graf Thun-Hohenstein in 1852. The result was a discussion between both parties in Austria and from there on one finds a reception of the methodological programme of HSL, too, which led to a more serious and academic debate of the legal system in Austria.⁹

B. France

In France, the situation was similar to that in Austria. However, ‘la Grande Nation’ had the unimpeachable Code Napoleon where any exegetical interpretation was prohibited. Therefore, legal education meant simple indoctrination as if there were no historical development of law and social problems that would drive such developments. This situation changed after 1850 under the influence of authors such as Pellegrino Rossi, Jean-Jacques Gaspard Foelix and, after 1900, by François Gény, Marcel Planiol and Henri Capitant. This meant that in the second part of the nineteenth century there emerged historical and comparative studies in the manner of the HSL inspired by men who had become acquainted with the HSL-programme.¹⁰

C. Switzerland

In Switzerland – a nation of twenty-two states¹¹ and four different languages and cultures – one finds influences of the codes of Austria, France as well as of the HSL in the mid nineteenth century. There existed a direct link between Zürich and the HSL bolstered by personal friendships with Savigny. Professors Keller and Bluntschli, who both had studied in Berlin with Savigny, introduced the methodological programme at the University of Zürich, just founded in 1833.

⁹ Hans Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext* (9th ed. Heidelberg, 2001), p. 139.

¹⁰ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914. 19. Jahrhundert* (München, 1989), ii, 35ff; Olivier J. Motte, Articles on ‘Capitant’, ‘Foelix’, ‘Geny’, ‘Planiol’, in Michael Stolleis (ed.), *Juristen – Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (2nd ed. München, 2001), pp. 117, 215, 236, 502, 540ff; Ernst Holthöfer, Article on Rossi, in Stolleis, *Juristen*, pp. 555ff; Max Gutzwiller, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts* (Freiburg, 1923), pp. 141ff.

¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848, Art. 1, in Alfred Kölz (ed.), *Quellenbuch zur Neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848* (Bern, 1992) p. 447.

Keller published parts of Savigny's programme as early as 1828.¹² Based on the ideas of the HSL the two professors created a new private law code for Zürich, thereby responding to the actual needs of the time. The Code of Zürich from 1855 was the basic reference for the national Swiss Code of Private Law in 1907 (ZGB). This is a good example of a fruitful development of the programme of the HSL. Even Turkey became connected with this development when it adopted the Swiss Code in 1926.

D. The United States

The US also had a longstanding connection with Germany, a tradition that dated back to earlier than the mid-nineteenth century: more than 10,000 Americans studied at German universities prior to 1900. Johns Hopkins University, the Universities of Chicago and of Michigan all had a special relationship with Germany.¹³ Mathias Reimann – now at the University of Michigan – showed that there had been an extensive reception of the HSL in the US between 1860 and 1920 – the so-called 'classical era' – until the sociological method became dominant in the 1920s.

What were the reasons for this reception? First, Savigny's theory provided a foundation to a new generation of lawyers searching for a historical understanding of the common law in the dispute with the ahistorical analytical jurisprudence of John Austin. Savigny's theory made it possible to explain why Austin's command theory was wrong: law always had a historical basis; its core did not consist of everlasting ideas, a will of God or natural causality; its essence was its history. Second, Savigny's theory convinced through its consistency of thought as demonstrated in his *System des heutigen römischen Rechts* (The legal system

¹² F.L.K. [=Friedrich Ludwig Keller], *Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege* (Zürich, 1828), 42 pages; reprint by Organisationskommittee «Schweizerischer Juristentag», 8./9. September 1940, pp. 6ff, 18ff, 32ff.

¹³ John Roberts & Edward Shills, 'Nordamerika', in Walter Rüegg (ed.), *Geschichte der Universität in Europa. Vom 19. Jahrhundert zum Zweiten Weltkrieg (1800–1945)*, (München, 2004), iii, pp. 146–56, esp. 148–54; Marcus Lutter, Ernst C. Stiefel and Michael H. Hoeflich (eds), *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland. Vorträge und Referate des Bonner Symposions September 1991* (Tübingen, 1993); Michael H. Hoeflich, 'Transatlantic friendships and the German influence on American law in the first half of the nineteenth century', *American Journal of Comparative Law*, 35 (1987), pp. 599–611; Hoeflich opens with the remark that there was a tendency in recent decades to pass over the importance of German influences on American law; Hoeflich, *Roman and civil law and the development of Anglo-American jurisprudence in the nineteenth century* (Athens, GA, and London, 1997), esp. pp. 52–7.

of contemporary Roman law). Earlier authors such as Montesquieu, Gibbon or Hugo presented their ideas unsystematically whereas Savigny formed an intellectual system that could serve as a framework of law. Third, because it was methodological rather than substantive, Savigny's theory also lent itself to new developments such as psychological and sociological analysis. The organic theory based on the idea of 'Volksgeist' could be transformed into social Darwinism as occurred at the end of the nineteenth century, certainly an avenue Savigny would not have pursued, but the price of the absence of substantial law in my opinion. Fourth, Savigny's thinking had also certain limited practical implications which were significant for American audiences.¹⁴ Here they found a lucid theory that combined the ideas of Montesquieu with the practical efforts of Blackstone. Fifth, one found in Savigny also a brilliant style of calm and simple clarity, although much of it may have been lost in the translation by Hayward.

IV. Approaches of English legal education to US legal science and the HSL

From the extensive academic and organisational exchanges between the US and Germany in the nineteenth century it is evident that the HSL programme could develop an influence in the United States of America, as it was demonstrated by Michael H. Hoeflich in 'The Americanization of British legal education in the nineteenth century', and that therefore the changes in England in the nineteenth century were inspired by American academic influence. Hoeflich observed that English legal education was excellent during the early modern period, but that it broke down at the universities as well as at the Inns during the eighteenth century.¹⁵ The only major achievement during that time was Blackstone's *Commentaries* on the laws of England (1765–70). Until the mid-nineteenth century there was a period of decline so that, in the words of William Holdsworth, legal education became a melancholic topic.¹⁶

¹⁴ Mathias Reimann, *Historische Schule und Common Law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken* (Berlin, 1993), pp. 89f; further Reimann (ed.), *The reception of continental ideas in the common law world, 1820–1920* (Berlin, 1993), see Introduction, esp. pp. 13ff; further Reimann, 'The historical school against codification: Savigny, Carter, and the defeat of the New York Civil Code', *American Journal of Comparative Law*, 37 (1989), pp. 95–119, esp. 107ff; Gutzwiller, *Der Einfluss Savignys*, pp. 112ff, 121.

¹⁵ Michael H. Hoeflich, 'The Americanization of British legal education in the nineteenth century', *Journal of Legal History*, 8 (1987), pp. 244–59, esp. 246.

¹⁶ William Holdsworth, *A history of English law* (London, 1903–72), xii, pp. 77f.

Legal education in England was lacking, for example, comprehensive treatises; worse, it was generally devoid of a comprehensive method. Students had to search for the principles of law on their own from a large mass of details.¹⁷ In this relatively disorganized condition lectures were often held without much enthusiasm. If we had to single out one major contributing factor to this decline, it would be the fact that professorial salaries at universities were so extraordinarily low.¹⁸ An impulse to revive legal education came only from University College, London, with its three new chairs in law including Roman law, jurisprudence and English law. John Austin was the first incumbent in the chair of jurisprudence, but he was a failure as a lecturer. Soon he had no students and resigned. The active role to improve legal education was still with the Inns of Court.

In response to the perceived problems in English legal education, the English parliament appointed in 1846 a select committee on legal education in England and Ireland. The task of the committee was to investigate English legal education and propose improvements. It published its report in August 1846.¹⁹

The drive to improve legal education was powered by a simple but mighty imperative: England was a global empire whose lawyers, diplomats and administrators were inadequately equipped to resolve legal conflicts. Thus arose an awareness of the need for comparative legal studies and studies in the differing developments of legal systems. The reforms promoted by the select committee were intended to establish law as a principled discipline, amenable to systematic study and able to transcend the limitations of a case-by-case approach. Legal education should strive for high quality by international standards and establish itself as a serious discipline in the university community.²⁰

¹⁷ Anonymous (referring to Lord Brougham), 'Legal education', *Law Magazine or Quarterly Review of Jurisprudence*, 37 (1847), pp. 175–200, esp. 175f, 189f.

¹⁸ Hoeflich, 'The Americanization of British legal education', pp. 246, 248.

¹⁹ *Report from the select committee on legal education, together with the minutes of evidence, appendix and index* [351 pages]. Ordered by the House of Commons, to be printed, 25 August 1846.

²⁰ Peter Stein, 'Continental influences on English legal thought 1600–1900', in *La Formazione Storica del Diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, (Firenze, 1977), pp. 1105–25, esp. 1121; the contemporary example was delivered by Justice Joseph Story (see below note 21) in his *Commentary on the conflict of laws* (1832–45), see the contemporary review on this commentary by Carl Joseph Anton Mittermaier, 'Collision der Gesetze verschiedener Staaten', in *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 7 (1835), pp. 228–49. However, I learnt from a handout entitled 'Empire's Law' by William Cornish from Magdalene College, University of Cambridge, to the [Deutscher] Rechtshistorikertag at the University of Bonn, 2004, that Britain handled the problem in a far different way: the necessity of a serious legal education was replaced by a sys-

A greater part of the committee's testimony focussed on the means and methods of international legal education, especially in the USA and in particular at the Harvard Law School. The experts on the committee favourably received works of American legal educators such as Kent and Story. Like Blackstone, the American legal educators were not just academics but practising lawyers and judges who integrated legal theory and practice in their lectures and treatises. The American law schools became a shining example, and to many English educators they seemed as important for their times as the law school of Bologna for the Middle Ages.²¹

If there had been an influence of the HSL in England, it was mediated by the American reception. There are very few indications of a direct influence, and we find only isolated reactions to the educational programme of the HSL in England but no coherent commentary. While there existed a general influence of German legal thinking in England as well as a reception of concrete dogmatic figures, e.g., into contract law, neither should be confused with a concrete influence of the HSL and specifically Savigny.²² We are therefore unable to follow Peter Stein who holds that there had indeed been a real and full reception.²³ By com-

tem of fraternity beyond the judges and lawyers (in Britain) and the lawyers of the colonies were sent to London for the bar to become successful barristers and solicitors in their countries in the nineteenth century (p. 12).

²¹ Hoeflich, 'The Americanization of British legal education', pp. 249f, 253. Hoeflich shows the positive paradigm of the American educational model. In general the experts accepted either James Kent's *Commentaries on American law* (1826–30) or Wheaton's *Treatise on international law*, another American textbook, to be the best elementary work in the English language. The most important American legal educator in the mid-nineteenth century, however, was – as above mentioned (note 20) – Mr Justice Joseph Story from Harvard University with his *Commentary on the conflict of laws* (1832–45).

²² The English system of law had need of concrete dogmatic elements: there were received the 'will-theory' in the law of contract by Pollock and the notion 'consensus' by Anson, further the notion and construction of 'possession' or 'legal person' (see Stein, 'Continental influences', pp. 1120–3). The plausible reason for these concrete dogmatic receptions was: German Roman law supplied the abstract elements which were lacking in English law. Roman law was considered at this time as a part of jurisprudence: see Peter Stein, 'Legal theory and the reform of legal education in mid nineteenth century England', in *L'Educazione Giuridica, Profili Storici* (Perugia, 1977), ii, pp. 185–206, 195f; further: Basil S. Markesinis, 'Homage an das deutsche Recht', in *European Review of Private Law*, 4 (1999), pp. 429–44.

²³ Stein, 'Legal theory', p. 205 n. 10. Stein just mentions two influences. Firstly it was the Prussian school system which was on a high level and admired; but one knew as well that the English system had no chance to reach this level, as the committee itself very well realized. And admiration as there was in some heads does not mean reception as I do understand. Further, the school system in general has nothing to do with the University itself. The other influence was by admired persons as John Austin who studied in Heidelberg and Bonn; he lived afterwards in Berlin and Dresden, too, but was influenced by Thibaut, the before mentioned antipode of Savigny. Stein

parison Enid Campbell's study of 1959 was more differentiating when she stated that the 'question of influence is a delicate one [...] and in the present context does not necessarily mean that German ideas may have been accepted by English lawyers', or to quote from her conclusion: 'Although legal scholars of the nineteenth century gave more to German legal scholarship than to the work of any European lawyers, there is little evidence that German ideas penetrated very deeply into the fabric of English legal thought except in one limited field, i.e., legal historiography. One cannot say even that the inspiration for the reform of English legal education was German in origin.'²⁴

Nevertheless, there existed a few enthusiastic followers of Savigny, such as Markby and Maitland. Savigny's 'Pandektensystem' was first adopted in William Markby's book *Elements of Law* in 1871. Savigny's own writings, however, were not very intensively adopted, and they had yet to be translated. Volume one of his *System des heutigen römischen Rechts* appeared in translation by George Long not before 1867, a quarter of a century after its initial publication. A reviewer uttered with barely concealed disdain: 'Mr. Long must take especial care not to be led by Savigny (to whose valuable work he expresses his obligations) into too abstract and Germanized a system of lecturing.'²⁵ This is concrete evidence for Campbell's thesis of nonacceptance and non-penetration in general. It seems that there was just one case of genuine reception: Frederic William Maitland, the founder of Selden Society (1887) and editor of many documents and historical analyses of English legal history.²⁶ He was the only scholar who truly represented the ideas of the HSL in England in the nineteenth century. By comparison, Henry James Sumner Maine's notion of development has more to do with evolutionary thought and geological science than with the model of the HSL in the

however does not let us know clearly what the essence of the influence could have been; but no matter, because Austin was certainly not the man to improve the method in legal education at his time. Two other translations are to be mentioned: Ferdinand Mackeldey's *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* (1841) – a completely forgotten author within Germany and even at his time of no special importance – and Lord Lindley's translation of Thibaut's *Pandektenrecht* as it was the typical system to present Roman law.

²⁴ Enid Campbell, 'German influence in English legal education [and] jurisprudence in the 19th century', in *University of Western Australia Annual Law Review*, 4 (1959), pp. 357–90, 358, 388.

²⁵ *Law Magazine*, 37 (1847), p. 238 after Stein, 'Legal theory', pp. 194f. and esp. p. 205 n. 21.

²⁶ Kent Lerch, [Article on] 'Maitland', in Stolleis, *Juristen*, pp. 412f.; T.F.T. Plunkett, *Early English legal literature* (Cambridge, 1958), pp. 2–18; Michele Graziadei, 'Changing images of the law in XIX century English legal thought (the continental impulse)', in Mathias Reimann (ed.), *The reception of continental ideas in the common law world, 1820–1920* (Berlin, 1993), pp. 115–63, esp. 158ff; Stein, 'Continental influences' 20, p. 1123 saying that Maitland established also that Savigny's thoughts were criticized and rejected in England.

sense of Savigny. Maine's work on *Ancient Law*, based on the early history of society and its relation to modern ideas, was edited not before 1861, and it was a complementary work to that of Austin.²⁷

V. The historical controversy surrounding the above issues

Now we have to ask why England was resistant to a direct influence by Germany in legal education. Such resistance is particularly puzzling because German culture was influential among the English upper classes that were attracted to the music of the Austria-German composers and to the liberal and individualistic conception of society in German classical literature and philosophy.²⁸ Although some English professors had studied in Germany²⁹ they generally did not speak German fluently, with the exceptions of Bryce, Long and Hayward. Jurists in general read only translations.³⁰ Those, however, who studied in Germany did so in Bonn, Heidelberg or Göttingen, but not in Berlin with Savigny.³¹ They therefore learnt the methods of the schools of Göttingen or those of Thibaut, Savigny's antipode, in Heidelberg.

Turning to the conditions in England, it seems that the English legal environment was not sufficiently prepared for a reception of the HSL. The reasons can be traced to the differences between the English and German legal systems: the German system had been based for a greater part on codified law since the eight-

²⁷ Frederick Pollock, 'The history of comparative jurisprudence', in Frederick Pollock, *Essays in the law* (London, 1922), pp. 10f; Peter Stein, 'Legal theory', pp 198f.; Kent Lerch, in Stolleis, *Juristen*, pp. 410 ff. There could be perhaps a parallel to Georg Friedrich Puchta (see Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die 'Begriffsjurisprudenz'* [Frankfurt/Main, 2004]), but I did not find any hint of a connection with Puchta. Maine's work did not seriously challenge the dominant position of Bentham or Austin. As Stein says, until after the Second World War, jurisprudence as a subject of study meant analysis of legal concepts in the way of Austin and Bentham. Historical thoughts as postulated by the HSL were very far different from that.

²⁸ See works listed in n. 2 and Campbell, 'German influence' pp. 372ff.

²⁹ See the list in Reimann, *Historische Schule*, pp. 289–307: Austin (Bonn, Heidelberg, living later on in Dresden and Berlin), Bryce (Heidelberg), Hayward (the famous translator never studied there but spoke German), Lindley (Bonn), and Reddie (Göttingen). George Long also studied in Göttingen. James Bryce published in 1864 the book about the Holy Roman Empire (with 18 editions or reprints), and John Reddie in 1826 his *Historical notes of the Roman law and the recent progress of its study in Germany*.

³⁰ Michael H. Hoeflich, 'Savigny and his Anglo-American disciples', *American Journal of Comparative Law*, 37 (1989), pp. 17–37, 18ff.

³¹ See however the opposite examples of Keller and Bluntschli in Switzerland mentioned under heading 3.

eenth century. By contrast, English legal authority was vested in the Royal Courts of Justice. Germany, unlike England, did not have this strong and specific tradition of practice of courts as ground for legal education. Another difference between the legal systems, established by Andreas Schwarz (1934), stems from the fact that English jurisprudence in general lacked a home-grown quality, and therefore the German traditional elements were inappropriate for English law³², as several contemporary commentators also recognized.³³ Furthermore, on the continent legal education took place at the universities. In the Holy Roman Empire it was of importance to hold a higher degree from a qualified university.

In addition to institutional differences between English and German law that inhibited communication, there also exist indications of a chasm between English and German legal thinking. A good example is the contemporary reviewer of the translation of Savigny's first volume of the *System* mentioned earlier. It seems that there was not only no enthusiasm for, but outright scepticism toward German legal thinking which was seen as 'abstract' in a derogatory sense.³⁴ If this chasm existed in the nineteenth century, it was not helped in the twentieth century by the two World Wars caused by Germany.³⁵ The deep seated scepticism expressed by the above nineteenth century reviewer may have persisted throughout the twentieth century.³⁶

³² Schwarz, 'John Austin', p. 188.

³³ e.g. Henry James Sumner Maine, *The nature of positive law* (London, 1883), pp. 253–69.

³⁴ The chasm was stressed at the end of the nineteenth century by the more racial thoughts which began to increase in England and on the Continent and got public the more this argument won its strategical value in discussions, see Senn, *Rechtsgeschichte*, pp. 350ff, 357ff; Marcel Senn/Lukas Gschwend, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte* (Zürich/Basel/Genf, 2004), pp. 73–111; Sven Oliver Müller, 'Recht und Rasse. Die Ethnisierung von Staatsangehörigkeit und Nationalvorstellungen in Grossbritannien im Ersten Weltkrieg', *Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft*, 30 (2004), pp. 379–403, 389f, 394f; Robert von Friedeburg, *Konservatismus und Reichskolonialrecht. Konservatives Weltbild und kolonialer Gedanke in England vom späten 19. Jahrhundert bis zum Ersten Weltkrieg*, pp. 345–93, 345f, 358, 366.

³⁵ One argument was that the two World Wars – caused by Germany – should have been a reason (e.g. see Michael H. Hoefflich, 'Savigny', p. 18). But on the other hand, if so, why is there still a positive connection between USA and Germany, but not between England and Germany?

³⁶ e.g. the Statement by the former Director of the Institute of European and Comparative Law in Oxford, Basil S. Markesinis, 'Homage an das deutsche Recht', p. 435, 441, saying that there has always been a tendency to demonstrate an insular isolation of the home-grown English law and there was no encouragement to the students to deal with other cultures.

VI. The merits of a reception of the HSL

Bologna was the birthplace of the European university in the Middle Ages. The spirit of Bologna, the belief in seeking deeper truth through education of, and inquiry by free individuals, was present again in the HSL's methodological programme against the background of the reform of the universities in the spirit of Humboldt.

In spite of its roots in the German romantic tradition, the HSL encompasses an element of the Enlightenment when it seeks the solution to national problems in legal education. One believed that education would achieve desirable goals in time and in 'organic' ways, namely, compatible with the people's historically developed spirit, against the brutality of the French revolution. Thus, the emphasis on, and trust in legal education of the HSL incorporates an enlightened element worth our consideration. Even if some of the terminology used by the HSL has fallen into disrepute after the Third Reich ('Volksgeist', for example), this fact would be a shallow pretext for ignoring an intellectual tradition with considerable progressive ideals.

If we could agree that legal education should have these goals: that it should produce a liberal and autonomous intellect capable of understanding the contexts of, and differences among legal systems, furthermore that this intellect should be able to distinguish the fundamental questions and principles of law and of justice from more practical skills, then we should accept that the HSL deserves our attention not only today but even with regard to the English legal education of the nineteenth century that had missed the opportunity of its reception while struggling for higher academic quality.

Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie in der frühen Neuzeit*

Inhaltsübersicht

I.	Relevanz des Menschenbildes für die Rechtsordnung	141
II.	Die Wurzeln des naturalistischen Rechtsdenkens	143
III.	Naturbegriff und Selbsterhaltung im 17. Jahrhundert	147
	A. Die Bedeutung der Kategorie der «Selbsterhaltung»	147
	B. Der Einzug des Begriffs der Körperlichkeit ins Recht	149
	1. Die Ratio als Steuerungszentrale des Menschen	149
	2. Learning by Doing – Selbsterhaltung zwischen Trieb und Vernunft	149
	3. Gesellschaftstrieb als Überlebensgarant eines Mängelwesens	150
	C. Das naturalistische Menschenbild und seine politische Bedeutung	150
IV.	Umsetzungen des neuen Welt- und Menschenbildes ins Recht des 17. und 18. Jahrhunderts	153
	A. Zwischen Human- und Gerichtsmedizin	153
	B. Natur- und Rechtswissenschaft	155
	C. Ausbreitung und Etablierung des neuen Denkens	157
	D. Die «demonstrierbare Jurisprudenz»	158
V.	Folgerungen und Ausblick	161

I. Relevanz des Menschenbildes für die Rechtsordnung

Die grundlegenden Veränderungen im Menschenbild, die mit der Säkularisierung des Naturrechts in engstem Zusammenhang standen, beeinflussten auch das Rechtsverständnis des 17. und 18. Jahrhunderts nachhaltig. Das neue Natur- oder

* Erstpublikation in: Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages, hrsg. v. Rolf Lieberwirth/Heiner Lück, Baden-Baden: Nomos 2008, S. 400–421. Ich danke für die ausgezeichnete Unterstützung Frau lic. iur. Barbara Fritschi, Assistentin am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtsphilosophie der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Vernunftrecht nahm dabei eine Funktion vergleichbar dem *ius commune* ein und gestaltete dieses auch um.

Meine These lautet, dass das moderne Menschenbild sich aber nicht einfach durch eine brillante neue Theorie im Recht etablieren konnte, sondern erst durch das allmähliche Einsickern von nützlichen Vorstellungen darüber, was der Körper des Menschen sei und wie er funktioniere.

Damit greifen wir auch eine zurzeit aktuelle Wissenschaftsdebatte auf, die seitens der Neurowissenschaften, insbesondere der Hirnforschung, lanciert wurde. Es ist ihr erklärtes Ziel, mit einem veränderten Menschenbild die Gesellschaftstheorie im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts zu prägen und dadurch die Rechtsgestaltung in der Praxis zu beeinflussen. «Ein neues Menschenbild?»¹ und «Der Mensch – ein freies Wesen?»² – dies sind nur zwei neuere Buchtitel, der eine vom renommierten Hirnforscher Wolf Singer, der andere von den katholischen Religionsphilosophen Heinrich Schmidinger und Clemens Sedmak, die die vorliegende Fragestellung thematisieren. Auch die Rechtswissenschaft hat den dringenden Diskussionsbedarf erkannt. Wie eine unlängst mit Vertretern von Hirnforschung, Psychiatrie, Kognitionspsychologie, Philosophie und Rechtswissenschaft durchgeführte Fachtagung zum Thema «Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung» ergab,³ bestimmt ein dürftiges Menschenbild das Rechts- und Gesellschaftsverständnis. Wissenschaftsgläubigkeit und unkritische Sicht, auch eine Euphorie erzeugen zahlreiche Missverständnisse.⁴ Die Geschichte,

¹ Wolf Singer: Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt am Main 2003.

² Heinrich Schmidinger/Clemens Sedmak (Hg.): Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung, Darmstadt 2005, insb. S. 135–160.

³ Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.): Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern (= ARSP Beiheft 111), Stuttgart 2006.

⁴ Vgl. dazu die kritischen Beiträge: Hans-Rainer Duncker (Hg.): Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie (= Schriften der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Nr. 19), Stuttgart 2006, mit Beiträgen u.a. von Michael Stolleis, Mario Cattaneo, Klaus Lüdderssen und Hans Rainer Duncker; Ulrich Krohs/Georg Toepfer (Hg.): Philosophie der Biologie. Eine Einführung, Frankfurt am Main 2005; Gottfried Schatz: Jenseits der Gene. Wie uns der Informationsreichtum der Erbsubstanz Freiheit schenkt, in: NZZ, Nr. 142, 22.06.2006, S. 57; Martin Hochhuth: Die Bedeutung der neuen Willensfreiheitsdebatte für das Recht, in: JZ 60 (2005), S. 745–753; Jürgen Habermas: Freiheit und Determinismus, in: ders.: Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze, Frankfurt am Main 2005, S. 155–186; Markus Christen: Abklärung des möglichen Beitrags der Neurowissenschaft und der Verhaltensforschung zum Verständnis moralischer Orientierung. Pilotstudie im Rahmen des Forschungsprojekts «Grundlagen moralischer Orientierung» des Ethik-Zentrums der Universität Zürich, Zürich/Biel November 2005, Bulletin, 99 Seiten mit Anhang; Hannah Monyer u.a. (Hg.): Das Manifest. Auf dem Weg zu einem neuen Menschenbild? Elf führende Neurowissenschaftler

nicht zuletzt auch die Rechtsgeschichte, kann durch Aufweis von Zusammenhängen und Unterschieden manche der behaupteten Neuerkenntnisse relativieren.⁵ Es ist daher von größter Bedeutung, wenn wir uns mit diesem Kernthema des Verhältnisses von Menschenbild und Rechtsordnung auch in historischer Hinsicht auseinandersetzen.

Fragt man nach dem Menschenbild einer Epoche oder eines Autors, so ist in der Antwort immer auch mitenthalten, wo in dieser Vorstellung die Grenzen des Menschseins liegen. Das Menschenbild umschreibt nicht nur die vorhandenen oder abwesenden Eigenschaften des Menschen, sondern immer auch, wo und wann der Mensch anfängt und endet. Daher stellt sich im Zusammenhang mit dem Menschenbild stets auch die Frage, was die Konsequenzen des «Nichtmenschseins» sind.⁶

Es ist das Verdienst von Mathias Schmoeckel, die Perspektive in der Rechtsgeschichte auf diese zentrale Frage nach dem Menschenbild in der Rechtsordnung nunmehr zu lenken. Wie bekannt, hat er diese Thematik auch seiner rechtsgeschichtlichen Darstellung «Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung»⁷ zugrunde gelegt.

II. Die Wurzeln des naturalistischen Rechtsdenkens

Wenn ich recht sehe, gleicht die aktuelle Debatte zur Hirnforschung in der Disposition und Argumentation einer Diskussion, wie sie die naturalistische Anthropologie⁸ – allerdings mit höchst problematischen Konnotationen zu Anschauun-

über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung, in: Gehirn & Geist. Das Magazin für Psychologie und Hirnforschung, 2004, Nr. 6, S. 30–37.

⁵ Vgl. Marcel Senn: Recht – Gestern und Heute. Juristische Zeitgeschichte, Zürich 2002, S. 55, Anm. 7 mit dem Beispiel der Analyse von Lenins Hirn durch den Nervenarzt Oskar Vogt. Die dort geschilderte Beschreibung von Lenins Hirn ist dem Sprachstil der heutigen Hirnforschung durchaus vergleichbar.

⁶ Vgl. Justin Stagl/Wolfgang Reinhard: Grenzen des Menschseins. Probleme einer Definition des Menschlichen (= Veröffentlichungen des Instituts für historische Anthropologie e.V. 8), Wien/Köln/Weimar 2005, Einleitung, S. 9 ff.

⁷ Mathias Schmoeckel: Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung. 2000 Jahre Recht in Europa – Ein Überblick. Köln/Weimar/Wien 2005; ders.: «Historische Anthropologie» – Anmerkungen eines Rechtshistorikers zu neueren Forschungen dieser Forschungsrichtung, in: ZRG GA 119 (2002), S. 352–364, (dieser Beitrag bezieht sich v.a. auf die Strafrechtsgeschichte).

⁸ Bettina Dietz/Thomas Nutz: Naturgeschichte des Menschen als Wissensformation des späten 18. Jahrhunderts, in: ZHF 32 (2005), S. 45–70.

gen von Rassenlehren⁹, Volkshygiene¹⁰ und Sozialdarwinismus¹¹ – bereits zwischen 1870 und 1950 geführt hatte.¹² Doch schon im 17. Jahrhundert hatte diese Thematik Eingang in die rationalistische Rechtslehre und -politik gefunden. Den Boden dafür bereiteten die im Zuge der Entdeckung von Naturgesetzen entstehenden Naturwissenschaften,¹³ die einem mechanisch-physikalischen¹⁴ Weltbild

⁹ Marcel Senn/Lukas Gschwend: Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte, Zürich/Basel/Genf 2004, Kap. 3, S. 73–111.

¹⁰ Marcel Senn: Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren, in: ZRG GA 116 (1999), S. 407–435, s. Beitrag 16, S. 263–292.

¹¹ Marcel Senn: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 381–384.

¹² Die scharfen Kontroversen um die anthropologischen Grundannahmen zwischen materialistischer und bürgerlicher Rechtswissenschaft der sechziger und siebziger bzw. zwischen systemtheoretischer und individualkonzipierter der achtziger und neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts scheinen insofern nur eine Fortsetzung dieses zwiespältig veranlagten Diskurses zu sein.

¹³ Brian W. Ogilvie: The Science of Describing. Natural History in Renaissance Europe, Chicago/London 2006, Chap. II, S. 25–86; Hans Belting: Menschenbild und Körperbild, in: Gerda Henkel Stiftung (Hg.): Das Bild des Menschen in den Wissenschaften, Münster 2002, S. 149–180, insb. S. 160–167; Werner Kutschmann: Der Naturwissenschaftler und sein Körper. Die Rolle der «inneren Natur» in der experimentellen Naturwissenschaft der frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1986, S. 33 ff., S. 87–92; zur geografischen Verbreitung der neuen intellektuellen Welt vgl. Robert Mandrou: From Humanism to Science 1480–1700 (franz.: Edition du Seuil, 1973, transl. 1978 by Brian Pearce), Hassocks 1979, S. 213–227, sowie die Kartographien am Ende, S. 306 ff.; zu einzelnen geschichtlichen Schritten des Übergangs, wo etwa an Niklaus von Kues' Schriften gezeigt werden kann, wie ein Mann wie Kues, der in den Kategorien des Mittelalters noch denkt, dennoch bereits methodisch modern (experimentell und instrumentell, doch weniger durch konkrete eigene als vielmehr durch gedankliche Untersuchungen) arbeitet, vgl. Harald Schwaetzer: Änigmatische Naturwissenschaft. Nicolaus Cusanus und die frühneuzeitliche Naturwissenschaft, in: Klaus Reinhardt/Harald Schwaetzer (Hg.): Nikolaus von Kues – Vordenker moderner Naturwissenschaft? (= Philosophie interdisziplinär 7), Regensburg 2003, S. 9–23, insb. S. 18 f.; Heribert M. Nobis: Die Bedeutung der Cusanus-Schrift *Idiota de staticis experimentis* für die Entwicklung einer empirisch-rationalen Naturerkenntnis – insbesondere in der Medizin – und ihre wissenschaftshistorischen Hintergründe, in: Friederike Boockmann/Daniel A. Di Liscia/Hella Kothmann (Hg.): *Miscellanea Kepleriana*. Festschrift für Volker Bialas zum 65. Geburtstag (= *Algorismus. Studien zur Geschichte der Mathematik und der Naturwissenschaften* 47, Münchener Universitätschriften), Augsburg 2005, S. 27–44.

¹⁴ Vgl. Gisela Engel/Nicole C. Karafyllis (Hg.): Technik in der Frühen Neuzeit – Schrittmacher der europäischen Moderne (= *Zeitsprünge. Forschungen zur Frühen Neuzeit* 8/3–4), Frankfurt am Main 2004; James E. McClellan III/Harold Dorn: Science and Technology in World History. An Introduction, 2nd ed., Baltimore 2006, S. 175–273, insb. zu Newton S. 249 ff.; Douglas M. Jesseph: Galileo, Hobbes, and the Book of Nature, in: *Perspectives on Science*, Vol. 12 (2004), No. 2, S. 191–211, insb. S. 199 ff.; zu Descartes Mechanikbegriff: Peter Harrison: Descartes on Animals, in: *The Philosophical Quarterly*, Vol. 42, Nr. 167 (1992), S. 219–227, insb. S. 223 ff.; zu Bacon: Madeline M. Muntersbjorn: Francis Bacon's Philosophy of Science: *Machina intellectus* and *Forma indita*, in: Sandra D. Mitchell (Hg.): *PSA 2002. Proceedings of the 2002 Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association* (= *Philosophy of Science*, Vol. 70 [2003], No. 5), S. 1137–1148. Dies führt dann zum Maschinenmenschen, vgl. Frank Wittig: Maschinen-

der frühen Neuzeit entsprachen. Aber schon die Profilierung der im Spätmittelalter aufkommenden Ich-Perspektive durch die Renaissance trug entscheidend dazu bei.¹⁵ Kulturgeschichtliche Ansätze zu diesem wissenschaftlichen Diskurs der Moderne finden sich seit dem 13. Jahrhundert;¹⁶ die Errungenschaften von Renaissance und Humanismus haben diese nur noch verstärkt und verdichtet.¹⁷ Insbesondere die veränderte Wahrnehmung des menschlichen Körpers durch den medizinischen Blick¹⁸ und die philosophische Verteidigung der Würde des Menschen etwa durch Graf Pico¹⁹ bewirkten seit dem frühen 16. Jahrhundert einen

menschen. Zur Geschichte eines literarischen Motivs im Kontext von Philosophie, Naturwissenschaft und Technik, Würzburg 1997, S. 29 ff., 36 ff., 45 f.; Alex Sutter: *Göttliche Maschinen. Die Automaten für Lebendiges bei Descartes, Leibniz, La Mettrie und Kant*, Frankfurt am Main 1988.

¹⁵ Richard van Dülmen: *Die Entdeckung des Individuums 1500–1800*, Frankfurt am Main 1997, 2. Aufl., 2002, S. 10, 147; Martin Scheutz/Harald Tersch: Individualisierungsprozesse in der Frühen Neuzeit? Anmerkungen zu einem Konzept, in: Birgitta Bader-Zaar/Christa Hämmerle (Hg.): *Neuzeit? Wiener Zeitschrift zur Geschichte der Neuzeit 1* (2001), S. 38–59; Josef Rattner/Gerhard Danzer: *Die Geburt des modernen europäischen Menschen in der italienischen Renaissance 1350–1600. Literarische und geistesgeschichtliche Essays*, Würzburg 2004; Christoph Wagner: *Porträt und Selbstbildnis*, in: Richard van Dülmen (Hg.): *Entdeckung des Ich. Die Geschichte der Individualisierung vom Mittelalter bis zur Gegenwart*, Köln/Weimar/Wien 2001, S. 79–106; Dieter Kartschoke: *Ich-Darstellung in der volkssprachigen Literatur*, ebd., S. 61–78.

¹⁶ Vgl. Karen Gloy: *Die Geschichte des wissenschaftlichen Denkens. Das Verständnis der Natur*, München 1995, S. 147–200, wo der Gegensatz zwischen mittelalterlichem und frühneuzeitlichem Naturverständnis herausgearbeitet wird; Edward Grant: *Science and Religion, 400 B.C. to A.D. 1550. From Aristotle to Copernicus*, Baltimore 2004, insb. S. 165–224; Kutschmann (wie Anm. 13), S. 33 ff., 87–91.

¹⁷ John Henry: *The Scientific Revolution and the Origins of Modern Science (= Studies in European History)*, 2nd ed., New York 2002; Rattner/Danzer (wie Anm. 15), insb. zu Galilei, S. 267–286, insb. 273 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde: *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*, in: Gerda Henkel Stiftung (Hg.): *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*, Münster 2002, S. 193–224, insb. S. 194–202; Kutschmann (wie Anm. 13), S. 98 ff.

¹⁸ Peter J. Bowler/Iwan Rhys Morus: *Making Modern Science. A Historical Survey*, Chicago/London 2005; Henry (wie Anm. 17); Belting (wie Anm. 13), S. 168–173; Kutschmann (wie Anm. 13), S. 77–92; zur Bedeutung der Biologie (nicht nur der mechanischen Physik) des 16./17. Jh. für die Folgezeit vgl. I. Bernard Cohen: *Revolutionen in der Naturwissenschaft* (1985 engl.), übersetzt von W. Kutschmann, Frankfurt am Main 1994, insb. S. 265 ff.; zur Entwicklung der Medizin und Naturphilosophie aus dem Aristotelismus und der Rezeption in der reformatorisch-humanistischen Denktradition durch Melanchthon bis Kepler vgl. Sachiko Kusukawa: *The Transformation of Natural Philosophy. The Case of Philip Melanchthon*, Cambridge, 1995, S. 83 ff., 174 f., 186 ff.

¹⁹ Giovanni Pico della Mirandola: *Über die Würde des Menschen. Aus dem Neulateinischen übertragen von Herbert Werner Rüssel. Mit der Lebensbeschreibung von Thomas Morus (1510)*, Zürich 1988, S. 10 f.; zur Abgrenzung gegenüber einer mittelalterlich-traditionellen Verwendung: Panajotis Kondylis: «Dignitas hominis» in Renaissance und Reformation, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexi-*

Schritt fort vom mittelalterlichen Welt- und Menschenverständnis und hin zu einer Anthropologie, die der Rechtstheorie des 17. Jahrhunderts zu Grunde gelegt werden konnte.²⁰ Dieser Veränderung des Menschenbildes und ihrer Bedeutung für die Transformation der Rechtstheorie im 17. Jahrhundert gilt nun unsere Aufmerksamkeit.

Wichtig ist dabei zu sehen, dass die Veränderungen der Naturbeobachtung seit dem Spätmittelalter erkennen lassen,²¹ wie jeglicher Fortschritt erst durch die Verbindung von intellektueller Entwicklung und konkreter Entdeckung entsteht. Für den vorliegenden Kontext sehe ich als entscheidend an, dass die naturalistische Argumentation ihre Wirkungsmacht erst durch die Konstruktion des Begriffs der Selbsterhaltung, wie er in den Quellen des säkularen Naturrechts des 17. Jahrhunderts als *conatus, se conservare oder sese perseverare* Ausdruck findet, richtig entfalten konnte.²²

Dadurch wurde das säkulare Naturrecht *auch* zu einem *ius commune* der «neuen Zeit», insofern es universal und ubiquitär gelten sollte, während das traditionsreiche romanistische *ius commune* seine Funktion als umfassendes allgemeines Recht durch seine Historisierung gleichzeitig einzubüßen begann. Diese Entwicklung steht vor dem Hintergrund der konfessionellen Spaltung und der Entdeckungen neuer Welten und Völker. Das Naturrecht wirkte seinerseits wieder auf

kon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland VII, Stuttgart: Klett Cotta, 1978 (unveränderter Nachdruck 1997), S. 658 ff.

²⁰ Wolfgang Bartuschat: Anthropologie und Politik bei Thomas Hobbes, in: Otfried Höffe (Hg.): Thomas Hobbes: Anthropologie und Staatsphilosophie, Freiburg 1981, S. 19–38; ders.: Spinozas Theorie des Menschen, Hamburg 1992; Marcel Senn: Rechtsdenken und Menschenbild. Bedeutung und Auswirkung von Baruch de Spinozas Menschenbild auf das Rechtsdenken, in: Clausdieter Schott/Eva Petrig Schuler (Hg.): Festschrift für Claudio Soliva zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 311–324.

²¹ Olaf Breidbach: Bilder des Wissens. Zur Kulturgeschichte der wissenschaftlichen Wahrnehmung, München 2005, S. 63 (man denke an das Falkenbuch Friedrichs II., Jan van Eycks Bilder zu Beginn des 14. Jh. oder die Plastik der Kathedrale von Chartres oder des Naumburger Doms im frühen 13. Jh.). Vgl. dazu die Ausführungen zu Kues zuvor in Anm. 13.

²² Friedrich Vollhardt: Eigennutz – Selbstliebe – Individuelles Glück, in: van Dülmen: Entdeckung des Ich (wie Anm. 15), S. 219–242, insb. S. 236 ff. Vgl. auch Samuel Pufendorf: De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, hrsg. v. Gerald Hartung (= Gesammelte Werke, Bd. 2), Berlin 1997, S. 22f. und 125; Thomas Hobbes: Vom Menschen. Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III, hrsg. v. Günter Gawlick, Hamburg 1994, S. 170; Baruch de Spinoza: Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt. Lateinisch-deutsch, hg. und übers. von Wolfgang Bartuschat, Bd. 2 (= Philosophische Bibliothek 92), Hamburg 1999, S. 239–243; Johann Clauberg: Defensio Cartesiana, in: Opera omnia philosophica, Bd. II, Hildesheim 1968 (reprografischer Nachdruck der Ausgabe Amsterdam 1691), Caput XXXVI. De illo: Omnis natura est conservatrix sui, seu, nihil tendit ad sui ipsius destructionem, S. 1102ff.

das herkömmliche *ius commune* zurück und verhalf diesem letztlich zu einer Neugestalt als *usus modernus*.²³

III. Naturbegriff und Selbsterhaltung im 17. Jahrhundert

Ich gehe nun in zwei Schritten weiter: Zuerst zeige ich, wie der radikal veränderte Naturbegriff der Kategorie der Selbsterhaltung zugrunde gelegt und dann, wie diese Kategorie ins Recht umgesetzt wurde.

A. Die Bedeutung der Kategorie der «Selbsterhaltung»

Die Bedeutung der Kategorie der «Selbsterhaltung» ist nur im Kontext des Immanenzprinzips zu verstehen. Das Immanenzprinzip bildete die wissenschaftstheoretische Grundlage für die Welterklärung der frühen Neuzeit, die darauf abzielte, die «Natur» aus sich selbst heraus und nach ihren eigenen Regeln zu sehen. Welt und Mensch waren aus wissenschaftlicher Sicht nicht länger Produkt eines Schöpfers. Die Unterscheidung zwischen der Natur, aus der alles entsteht, und der Natur, die alles bewegt auf der einen Seite und der Glaubensfrage als individuelle Sache auf der anderen Seite, wurde erst im Laufe des 17. Jahrhunderts klar getroffen; ihre Entkoppelung erfolgte gegen Ende des 18. Jahrhunderts.

Diese Veränderung in der Wahrnehmung der Welt musste sich auch auf das Menschenbild auswirken. Denn nach der theologischen Auffassung des Mittelalters stand der Mensch, obwohl er ein Ebenbild Gottes war, im Dauerstreit mit den teuflischen Mächten, die ihn immer wieder zum Bruch mit der Schöpfungsordnung verführten. Insofern war er fremdbestimmt und nur durch die Gnade Gottes von diesem irdischen Leidensdruck zu erlösen.

Dieser außenbestimmte Zwiespalt wurde nun als ein natürlicher Gegensatz neu gefasst und in den Menschen als einen Teil der Natur hinein verlegt, wohl als Folge davon, dass sich auch der Schöpfergott ins Schöpfungsprodukt «Welt» eingelassen hatte. Natur und Gott waren nun das Gleiche (*Deus sive natura*). Diese Transformationen im Welt- und Menschenbild mussten sich entsprechend auf die Konstruktion von Recht, Gesellschaft und Staat wiederum auswirken. Der

²³ Reinhard Voppel: Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus. Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jahrhundert (= Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte 11), Köln/Berlin/Bonn/München 1996; vgl. dazu meine Rezension in: ZNR 23 (2001), S. 148–151.

Mensch als Teil der Natur hatte eine tierische und eine göttliche Seite; *homo homini lupus vel homo homini deus* hieß die zeitgenössische Paarformel in der Gesellschaftstheorie der Frühmoderne dafür.²⁴

Die frühneuzeitliche Kategorie der Selbsterhaltung bezog sich auf dieses neue Naturverständnis zwischen Tierhaftigkeit und Göttlichkeit des Menschen, der nunmehr zwischen Affekten und Rationalität selbstbewusst agieren musste. Damit wandelte sich freilich der Fokus von seiner Fremdbestimmung durch Teufel und Gott zu demjenigen der Selbstbestimmung, und damit zur Frage, wie er das natürliche Verhältnis von Affekt und Ratio gesellschaftsfähig machen beziehungsweise wie der Mensch selbst sozialisiert werden konnte.²⁵

Durch diese anthropologische Neukonditionierung ergaben sich mindestens drei unterschiedliche Konzeptionen der Selbsterhaltung im 17. Jahrhundert. Eine Konzeption, die die Selbsterhaltung allein auf die Basis der Ratio stellen wollte, ferner eine, die die Dialektik von Trieb und Vernunft als notwendige Symbiose der Realität erklärte, und schließlich eine traditionellere Form, welche die vorhandene aristotelische Konzeption des *animal rationale et sociale* im Sinne der zuvor dargelegten Neuerung modifizierte. Diese Konzeptionen lassen sich mit den Autoren Hobbes als dem Rationalisten, Spinoza als dem Realisten und Pufendorf als dem Synthetiker der Tradition verbinden.

²⁴ *Homo homini Deus & Homo homini Lupus*, Zitat in: Thomas Hobbes: *De Cive*. The latin version entitled in the first edition *elementorum philosophiae sectio tertia de cive* and in later editions *elementa philosophica de cive*, hrsg. v. Howard Warrender (= The Clarendon edition of the philosophical works of Thomas Hobbes, vol. 2), Oxford 1983, Epistola dedicatoria, S. 73; *Hominem homini Deum esse*, Zitat, in: Baruch de Spinoza: *Ethica* (wie Anm. 22), Teil IV, Propositio XXXV, Scholium (S. 434); Vorläufer in der Antike: *Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit*, Zitat, in: Titus Maccius Plautus, *Asinaria*, in: *Comoediae*, Tom. I, hrsg. v. W. M. Lindsey, Oxford 1946, Actus II, 4,88 (495), (unpaginiert); Erasmus von Rotterdams Auseinandersetzung mit dem Zitat von Plautus in: Miekske L. van Pollvan de Lisdonk/Margaret Mann Phillips/Christopher Robinson (Hg.): *Desiderius Erasmus. Opera Omnia Desiderii Erasmi Roterdami. Ordinis secundi. Tomus primus. Adagiorum chiliarum prima* [1508], Amsterdam/London/New York/Tokyo 1993, Adagia I.i.70. Für den Hinweis auf diese Zitate danke ich Prof. Yves Mause, Université de Montpellier. Vgl. auch Luther, 1528, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* II, 4. Aufl., Stuttgart 1998, S. 122, Anm. 26; sowie bei Johann Heinrich Zedler: *Großes vollständiges Universallexikon*, Band 20, Halle/Leipzig, 1739 (2. vollständiger photomechanischer Nachdruck, Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1995), Gleichheit mit Gott, siehe Mensch, Sp. 716ff.

²⁵ Im Sinne des Humanismus transzendiert der Mensch seine Tierhaftigkeit durch seine besondere Bildung als *uomo universale*. Die aristotelische Parömie nennt ihn daher seit je *zoon politikon* oder *animal sociale et rationale*.

B. Der Einzug des Begriffs der Körperlichkeit ins Recht

1. Die Ratio als Steuerungszentrale des Menschen

Keiner hat den Transformationsprozess des Begriffs der Körperlichkeit in der modernen Naturwissenschaft klarer nachgezeichnet als Hobbes in seiner dreiteiligen *«Elementa philosophiae»*²⁶ vom Körper, vom Menschen und vom Bürger. Dadurch stellte er wissenschaftstheoretisch das Verhältnis von Mensch, Politik und Recht auf die Basis einer kausal-mechanischen Logik, in deren Zentrum die kommandierende Ratio als die perfekte Organisatorin steht. Dies ist insofern eine grundlegende Neuerung gegenüber dem mittelalterlichen Denken, als eine ichbezogene Eindimensionalität eingeführt wird. Diese Sicht lässt sich mit den Aussagen der heutigen Hirnforschung jedoch nicht vereinbaren. Nach Hobbes haben sich die Affekte der Ratio zu unterwerfen, denn nur sie garantiert den Artefakt des gut funktionierenden Staates, der die wilden Affekte zähmt und so den konfliktträchtigen Freiheitsdrang des natürlichen Menschen züchtigt. Wildheit muss in Zivilisation, Freiheit in ein System der Sicherheit und Ordnung transformiert werden. Es wundert also nicht, dass das Gebilde «Staat» bei Hobbes auch als «sterblicher Gott» bezeichnet wird, da der starke Staat die beste Form der allgemeinen Selbsterhaltung darstellt.²⁷

2. Learning by Doing – Selbsterhaltung zwischen Trieb und Vernunft

Spinoza dagegen versteht das Spannungsverhältnis von Trieb und Vernunft als natürlich und normal. Denn alles, was ist, ist aus Gott, dem Freiheitsprinzip, das alle Kausalität der Natur und somit auch die Triebe und die Vernunft bestimmt. Wirksame Selbsterhaltung ist daher ein andauernder Lernprozess. Man lernt, sich so zu verhalten, dass man sich selbst nicht zerstört, sondern vielmehr optimal entwickeln kann. Entsprechend ist die Selbsterhaltung aller Menschen staatlich nicht nur zu sichern, sondern für alle auch zu organisieren. Zwar gibt es, wie bei Hobbes, verschiedene Staatsformen, in denen die Menschen leben können, aber die Demokratie kommt dem menschlichen Wesen insofern am Nächsten, als die

²⁶ Jesseph (wie Anm. 14), S. 191–211, insb. S. 199ff.

²⁷ Dem Gedanken entspricht es, die Monarchie als die praktisch vernünftigste, wenn auch nicht die theoretisch einzige Staatsform zu bezeichnen, vermag doch einer allein die Vernunft oder die allgemeine Ordnung der Dinge am sichersten gegenüber der Willkür subjektiver Interessen zu gewährleisten.

Selbsterhaltung aller im Sinne der (später von Rousseau so bezeichneten) *volonté générale* gesichert wird.²⁸

3. Gesellschaftstrieb als Überlebensgarant eines Mängelwesens

Pufendorf kombiniert sein System aus den verschiedenen neuen und alten Elementen: Er sieht – wie Grotius – den Menschen noch aus der aristotelischen Perspektive als das Wesen, dem der natürliche Trieb zur Vergesellschaftung innewohnt, weil der Mensch – dies nun Pufendorfs Eigenheit – ein Mängelwesen sei, das allein nicht überleben kann. Daher kann der Mensch seine Selbsterhaltung nur durch die Eingliederung in die bestehenden Sozialverbände sichern.

C. Das naturalistische Menschenbild und seine politische Bedeutung

Mit der Kategorie der Selbsterhaltung, wie im übrigen auch mit der Kategorie der Souveränität in der Politiktheorie,²⁹ waren Intellektuelle jeglicher Provenienz, so

²⁸ Bei Hobbes sind Gott und Welt letztlich ohne Bezug zueinander. Es lässt sich auch ohne Gott leben; die Natur erscheint einerseits als Wildheit und andererseits als Kontext einer kausalen Mechanik. Die Selbsterhaltung konzentriert sich daher darauf, was die Ratio erkennt und richtet sich ihre Welt entsprechend ein. Darin ist Hobbes der Modernist, indem er das Immanenzprinzip und den Glauben je absolut setzt, wogegen Spinoza die Welt erst aus dem absoluten Prinzip «Gott» als den bestimmenden Grund allen Lebens versteht. Gott als das Prinzip der Freiheit haucht dem Kausalgeschehen erst Leben ein, das daher nie in eine soziale Mechanik abdriftet. Dies wäre kein Leben. Nie können sich daher Menschen ihrer natürlichsten Rechte entledigen, um äußere Sicherheit zu erhalten; ihre Verträge sind deshalb so gut wie die Worte, die sie ausmachen. Ein Tor, wer darauf vertraute. Der Mensch muss daher aufgrund seiner Teilhabe an der allgemeinen Vernunft die Natur aus ihrem Urgrund «Gott» als einzigem Grund der Selbstbestimmung erkennen. Pufendorfs Gottesverständnis bleibt traditionell, ebenso seine Naturrechtslehre. Sie stellt den Versuch dar, das moderne Selbsterhaltungsprinzip aus der Sicht der aristotelischen und christlich-konfessionellen Praxis zu entwickeln. Zwar ist Gott nicht das maßgebende Prinzip, aber alles geschieht letztlich doch zu seiner Ehre. Vgl. dazu: Wolfgang Röd: Der Gott der reinen Vernunft. Die Auseinandersetzung um den ontologischen Gottesbeweis von Anselm bis Hegel, München 1992, S. 55–123; ferner: Daniel Garber: Defending Aristotle/Defending Society in Early 17th Century Paris, in: Wolfgang Detel/Claus Zittel (Hg.): Wissensideale und Wissenskulturen in der frühen Neuzeit. Ideals and Cultures of Knowledge in Early Modern Europe (= Wissenskultur und gesellschaftlicher Wandel 2), Berlin 2002, S. 135–160, insb. 140ff.

²⁹ Vgl. dazu Alois Riklin: Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung, Darmstadt 2006, S. 371–386; ferner Senn: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss (wie Anm. 11), S. 229ff.; oder Marcel Senn/Guido Mühlemann: Individuum und Verband zwischen Macht- und Gemeinschaftskonzept, in: Roger Zäch u.a. (Hg.): Individuum und Verband. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 19–34.

auch die Juristen im Reich des späten 17. Jahrhunderts, konfrontiert; konfrontiert deshalb, weil viele damit wohl auch überfordert waren.³⁰ Denn allgemein stand man noch im Geiste des konfessionellen Aristotelismus, und die Staatenwelt Mitteleuropas wollte nach den Leiden des Dreißigjährigen Kriegs endlich Stabilität und Wohlfahrt.³¹ Dies schien nur auf der Grundlage einer guten Ordnung im herkömmlichen Verständnis möglich. Das neue naturalistische Menschenbild und das darauf beruhende Vernunftrecht hingegen schienen hierfür, weil gottlos, keine zuverlässige Grundlage für eine Gesellschafts- und Rechtstheorie zu bieten.³²

Einen analogen Richtungsstreit zwischen den Vertretern von traditionellem und modernem Körper- bzw. Menschenbild gab es auch in der Medizin des 17. Jahrhunderts.³³ Dies lässt sich etwa am unterschiedlichen interpretatorischen Umgang mit Descartes' Vergleich der Wirkungsweise von menschlichem Körper und Uhrwerk ablesen.³⁴

³⁰ Diejenigen, die dem neuen Geist der Moderne zugewandt waren, wie die Hallenser Thomasius oder Wolff, mussten, wie für Thomasius mit Bezug auf Spinoza nachweisbar ist (Marcel Senn/Susanne Raas: War Thomasius Spinozist? – Zur Spinoza-Rezeption an den brandenburg-preußischen Universitäten, in: Heiner Lück (Hg.): Christian Thomasius (1655–1728) – Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung. Rechtswissenschaftliches Symposium zu seinem 350. Geburtstag an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Hildesheim/Zürich/New York 2006, S. 55–73, s. Beitrag 12, S. 195–215), weitgehend verdeckt schreiben. Vgl. dazu ferner: Karl-Heinz Ilting: «Macht» und «Gewalt» in der deutschen Staatstheorie von der Aufklärung zur Restauration, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland III, Stuttgart 1982 (unveränderter Nachdruck 1995), S. 888–898, insb. S. 889. Das christlich-konfessionelle Menschenbild war für die Rechtsordnung nach wie vor – gleichsam öffentlich – begleitend.

³¹ Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft (1600 bis 1800), München 1988, S. 237–258, insb. S. 238, 256; Roderich Stintzing/Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, insb. Abt. 1 und 2, S. 650f.; Notker Hammerstein: Jus und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert, Göttingen 1972, insb. S. 38 ff., 51, 95.

³² Jan Schröder: «Gesetz» und «Naturgesetz» in der frühen Neuzeit (= AbhAk Mainz, Geistes- und sozialwiss. Kl., 2004, Nr. 1), Stuttgart 2004, S. 23f., 26ff.

³³ Lester S. King: Attitudes Towards «Scientific» Medicine Around 1700, in: Bulletin of The History of Medicine 39 (1965), S. 124–133, insb. S. 130f.; Phyllis Allen: Medical Education in 17th Century England, in: Journal of the History of Medicine and Allied Sciences, 1: 1 (1946), S. 115–143, insb. S. 133, 140; Heinrich Buess: The Anatomical and Physiological Approach in Swiss Medicine During the 17th Century, in: Bulletin of the History of Medicine 27 (1953), S. 512–520, insb. S. 512, 515.

³⁴ Der Naturalist des 17. Jahrhunderts kann und will die Phänomene nicht länger nach der aristotelischen Teleologie erklären, spricht aber dennoch von der zielgerichteten Funktionstüchtigkeit oder Gesundheit eines Körpers (vgl. Lisa Shapiro: The Health of the Body-Machine? Or Seventeenth Century Mechanism and the Concept of Health, in: Perspectives on Science 2003, Vol. 11, No. 4,

Das moderne Menschenbild konnte daher gerade nicht als eine in sich geschlossene Theorie rezipiert werden. Es etablierte sich vielmehr erst nach und nach, indem nützliche medizinische Vorstellungen über Sein und Funktionsweise des menschlichen Körpers Akzeptanz fanden.³⁵ Gleich verhielt es sich mit der Einführung des neuen Rechts. Auch hier spielten sich insgesamt komplexe Vorgänge zwischen medizinischer, administrativer, forensischer und akademischer Rezeption von nützlichem Wissen ab. Der Konnex zwischen Humanmedizin und Vernunftrecht insbesondere, wodurch sich Praxis und neue Theorie letztlich effizient verlinken konnten, ist allerdings erst bruchstückhaft erforscht.³⁶

S. 421–442, insb. S. 424, 426, 430ff., 434, 437f.). Aus der traditionell aristotelischen Linie heraus ergibt sich das dargestellte Problem, weil Körper und Geist als reale Entitäten zusammenpassen müssen. Denkt man – und dies dürften damals doch die wenigsten gekonnt haben Descartes konsequent aus der modernen naturalistischen Linie heraus, dann ist diese Funktionstüchtigkeit nur der Ausdruck von der spezifischen Art oder Natur einer Sache, insofern diese selbst leben «will» bzw. «muss». Die Sache erfüllt somit keinen Zweck, sondern ist ihre Bedingung. Dieser Gedankengang lässt sich auf den Menschen übertragen, und dies wurde von den modernen Zeitgenossen wie Spinoza und Locke auch nachweislich so ausgeführt, nicht jedoch von den Traditionalisten (ebd., S. 438f.).

³⁵ Vgl. dazu: Schmoeckel: Historische Anthropologie (wie Anm. 7), S. 361; Christoph Lüthy: What To Do With Seventeenth-Century Natural Philosophy? A Taxonomic Problem, in: Perspectives on Science 2000, Vol. 8, No. 2, S. 164–195, insb. S. 165ff.

³⁶ Dies lässt sich etwa an der Veränderung von Begriffen wie System oder Mnemotechnik nachvollziehen, die für einmal nicht im Sinn der Geschichte der Erkenntnistheorie, sondern der Geschichte der Naturwissenschaft auch und gerade bei den Vernunftrechtlern zu erfassen ist. Vgl. dazu etwa: Wolfgang Neuber: Systematische und kasuistische Wissensordnungen. Mnemotechnische Prozesse im 17. Jahrhundert, in: Wolfgang Detel/Claus Zittel (Hg.): Wissensideale und Wissenskulturen in der frühen Neuzeit. Ideals and Cultures of Knowledge in Early Modern Europe (= Wissenskultur und gesellschaftlicher Wandel 2), Berlin 2002, S. 185–196, insb. S. 188ff. mit Bezug auf Bacon; Frank Grunert: Erinnerung und Gedächtnis in der Anthropologie des Leviathan, in: Dieter Hüning (Hg.): Der lange Schatten des Leviathan. Hobbes' politische Philosophie nach 350 Jahren. Vorträge des internationalen Arbeitsgesprächs am 11. und 12. Oktober 2001 in der Herzog August Bibliothek in Wolfenbüttel (= Schriftenreihe zur Rechtstheorie 226), Berlin 2005, S. 31–53, insb. S. 41ff.; ders.: Die Marginalisierung des Gedächtnisses und die Kreativität der Erinnerung. Zur Gedächtnistheorie der deutschen Aufklärungsphilosophie, in: Günter Oesterle (Hg.): Erinnerung, Gedächtnis, Wissen. Studien zur kulturwissenschaftlichen Gedächtnisforschung (= Formen der Erinnerung 26), Göttingen 2005, S. 29–51, insb. S. 34f. (Thomasius), S. 39ff. (Wolff).

IV. Umsetzungen des neuen Welt- und Menschenbildes ins Recht des 17. und 18. Jahrhunderts

Ich gelange zu den konkreten Umsetzungen ins Recht: Zuerst zum Zusammenhang zwischen Human- und Gerichtsmedizin, dann zur neuen Vorstellung vom Körper des Menschen und ihrer Manifestation im Recht.

A. Zwischen Human- und Gerichtsmedizin

Vom 13. bis ins 16. Jahrhundert war die Medizin noch keine gefestigte akademische Disziplin. Als Textwissenschaft, die sich vor allem mit überlieferten Berichten aus der Antike wie aus dem jüdischen und arabischen Raum befasste, orientierte sie sich stark an der exegetischen Grundlage der scholastischen Jurisprudenz.³⁷ Die Humanmedizin und die gesellschaftliche Position ihrer Vertreter erfuhren parallel mit der Entwicklung des Vernunftrechts einen Zuwachs an Bedeutung.³⁸ Dies lässt sich im forensischen Bereich gut daran beobachten, wie die bislang begehrten Praktiker – die Bader, Chirurgen, Hebammen, Scherer – ihre Stellung als Gutachter einbüßten.³⁹ Die Fortschritte in der Anatomie aufgrund vermehrter und insbesondere systematischer Sektionen führten auch zu einem neuen Kontextverständnis, das nunmehr von den medizinischen Akademikern verwaltet und in den Rechtsverfahren zunehmend gegen die Praktiker ausgespielt wurde,⁴⁰ wie Silvia de Renzi und Barbara J. Shapiro gezeigt haben.⁴¹

³⁷ Esther Fischer-Hornberger: *Medizin vor Gericht. Gerichtsmedizin von der Renaissance bis zur Aufklärung*, Bern/Stuttgart/Wien 1983, S. 38f. So standen beispielsweise im «Theatrum Anatomicum des Archiginnasio» zu Bologna von 1637 nicht nur die Standbilder der griechischen und arabischen Autoritäten der Medizin, sondern auch solche von Juristen, insbesondere dasjenige von Irnerius.

³⁸ Vor diesem Hintergrund spielt der Einfluss der Schrift «*Medicina Mentis*» des Spinoza-Schülers Ehrenfried Walther von Tschirnhaus eine maßgebliche Rolle (vgl. dazu: Senn/Raas, wie Anm. 30).

³⁹ Fischer-Hornberger (wie Anm. 37), S. 43–50. Das neue medizinische Expertenwissen konnte sich besonders gut ins dualistische Gerichtssystem einführen, da zwischen Verfahrensleitung und Fachwissen stets unterschieden und eine kompetentere Ansicht erbeten werden konnte oder sogar musste (vgl. Silvia de Renzi: *Witnesses of the Body: Medico-legal Cases in Seventeenth-Century Rome*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 33 (2002), S. 219–242, insb. S. 220, 224).

⁴⁰ Dieser Vorgang lässt sich von Portugal über Italien bis ins Reich nachverfolgen: Rodrigo de Castro brachte 1614 den «*Medicus – politicus*», eine Art Ethikcodex für Ärzte, heraus. Ein Arzt sollte auch über chirurgische Kenntnisse verfügen, aber vor allem die Zusammenhänge verstehen, während der Chirurg – jung, dynamisch und unerschrocken im Zugriff – für die praktischen Eingriffe zuständig sei. Fortunatus Fidelis wollte 1602 in seinem Buch «*De relationibus medicorum*»

Ich nenne ein Beispiel: Einer der bedeutendsten Mediziner des 17. Jahrhunderts, der päpstliche Physikus Paolo Zacchia in Rom, hatte in einem Kindtötungsprozess 1661 zwar nicht durch eigene Untersuchung am Körper der angeklagten Frau, aber gestützt auf die Berichte dreier Hebammen die Anklage argumentativ zu Fall gebracht. Er analysierte die Schlussfolgerungen, die aufgrund der Fakten erfolgt waren und zeigte auf, dass sie falsch waren. Er legte dar, was zu untersuchen gewesen wäre, um die medizinisch und damit auch – dies halte ich nun für entscheidend – rechtlich richtigen Schlussfolgerungen ziehen zu können. Bereits hier zeigt sich, wie die Medizin das Recht anzuleiten und sich das Verhältnis zwischen Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft zu ändern begann. Zacchia forderte einen ganzheitlichen Körperbefund auf der Grundlage der umfassenderen Kenntnisse systematischer Sektion, um ein Strafurteil begründen zu können. Er wies darauf hin, dass nicht abgeklärt wurde, ob die Brüste der Gebärenden auch schon Milch produziert hatten.⁴² Dies war allerdings ein auch rechtlich massiver Vorwurf, denn schon in einem Verfahren nach Art. 36 der Carolina⁴³ wurde dies untersucht.⁴⁴ Damit erhielt das Urteil des Mediziners nun den Ausschlag im

die Gerichtsmedizin und Chirurgie gestützt auf seine Ausführungen über chirurgische Kunstfehler den Medizinern überantwortet sehen. Fidelis begründete dies damit, dass Chirurgen keine philosophischen und damit auch keine naturwissenschaftlichen Studien betrieben hätten und auch sonst keine besonderen Kunstfertigkeiten besäßen, weshalb sie die Kranken durch ihr Tun nicht selten in höchste Gefahr brächten. Schon fünf Jahre davor hatte auch der in der Nähe von Bologna ansässige Arzt Giovanni Battista Codronchi in seinem Werk über die Gerichtsmedizin *«Methodus testificandi»* gefordert, dass die Gerichtsmedizin den Chirurgen zu entziehen und inskünftig von akademischen Medizinern auszuüben sei. Einer der bedeutendsten Gerichtsmediziner war Paolo Zacchia in Rom, dem katholischen Zentrum Europas: Er unterschied Chirurgen und Mediziner klar: Erstere seien schwerer als die Mediziner zu bestrafen, denn sie handelten um des Geldes willen und überträten ihre Kompetenzen öfters. Die Leipziger Schule um Gottfried Welsch, Johannes Bohn und Paul Ammann entwickelte sich Ende des Jahrhunderts zur europäischen Instanz in Sachen Gerichtsmedizin (Fischer-Hornberger, wie Anm. 37, S. 43ff., 48ff., 87). Dies führte in der Folge zur gegenüber der Rechtswissenschaft autonomen Medizinwissenschaft, die sich – weil sie die Dinge tiefer erfasste als die Rechtswissenschaft – dieser gegenüber als überlegen erwies; und um 1800 kam es dazu, dass sich die Rechtswissenschaft an der Naturwissenschaft zu orientieren begann (dies., S. 86–88).

⁴¹ De Renzi: Witnesses of the Body (wie Anm. 39); dies.: La Natura in tribunale. Conoscenze e pratiche medico-legali a Roma nel XVII secolo, in: Quaderni Storici 108 (2001), S. 799–822; Barbara J. Shapiro: Testimony in seventeenth-century English natural philosophy: legal origins and early development, in: Studies in History and Philosophy of Science 33 (2002), S. 243–263.

⁴² De Renzi: Witnesses of the Body (wie Anm. 39), S. 230.

⁴³ Vgl. Sammelband der wichtigsten Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts. Bambergensis 1507. Brandenburgensis 1516. Carolina 1533 (= Bibliothek des deutschen Strafrechts. Alte Meister 35), Goldbach 1999.

⁴⁴ So auch die Bamberger Halsgerichtsordnung in Art. 43 (vgl. Sammelband der wichtigsten Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts [wie Anm. 43]).

juristischen Alltag. In dieser Professionalisierung und dem zunehmenden Einfluss der wissenschaftlichen Medizin auf das Rechtsgeschehen zeigt sich eine Parallele zur Rechtswissenschaft. Auch letztere erlangte ihre praktische Breitenwirkung erst mit der Professionalisierung der Rechtsprechung seit dem 16. Jahrhundert, als die Gerichte mehr und mehr gezielt mit Juristen, statt ausschließlich mit Laien besetzt wurden.⁴⁵

Solche Interventionen der neuen Fachmedizin im Gerichtsalltag dürften die allgemeine Wahrnehmung des menschlichen Körpers als eine natürliche, in sich geschlossene Konzeption wesentlich befördert haben. Das wirkte sich wiederum auf die Sprache aus und verstärkte die ersten veränderten Wahrnehmungen, ein Umstand, der sich wissenssoziologisch allgemein aufzeigen lässt und auf den etwa Friedrich Steinle in seinen Untersuchungen hingewiesen hat.⁴⁶ Seit Kuhns Paradigmatheorie⁴⁷ wissen wir überdies, dass und wie sich eine Innovation durch Ausdifferenzierung, teilweise Ersetzung sowie Kippen eines untauglich gewordenen Konzepts wissenschaftstheoretisch entwickelt.

B. Natur- und Rechtswissenschaft

Bevor nunmehr die naturwissenschaftlich begründete Medizin aber zur Leitdisziplin wurde, an der sich auch die Rechtswissenschaft seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer stärker zu orientieren begann, mussten zwei wichtige interdisziplinäre Transfers erfolgen, die zugleich die transdisziplinäre Kommunikation sicherstellten.

In methodologischer Hinsicht musste das Fundament, auf dem eine sichere Argumentation geführt werden konnte, neu definiert werden. Während in den dialektischen Diskursen des Mittelalters Differenzierung und Synthetisierung von Untersuchungen – soweit sie sich auf Gott und seine Schöpfung bezogen – wis-

⁴⁵ Senn: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss (wie Anm. 11), S. 96ff.; Karl Heinz Burmeister: Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich, Wiesbaden 1974, S. 15ff., dementsprechend war sowohl das Studium der Rechtswissenschaft, als auch dasjenige der Medizin (im Gegensatz zum Studium der Theologie) stark praxisorientiert (ebd., S. 18f.).

⁴⁶ Friedrich Steinle: Negotiating Experiment, Reason and Theology: The Concept of Laws of Nature in the Early Royal Society, in: Wolfgang Detel/Claus Zittel (Hg.): Wissensideale und Wissenskulturen in der frühen Neuzeit. Ideals and Cultures of Knowledge in Early Modern Europe, Berlin 2002, S. 197–212.

⁴⁷ Thomas S. Kuhn: The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1962 [3. Aufl., 2004], dt. Ausgabe: Thomas S. Kuhn: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Frankfurt am Main 2001.

senschaftlich (nicht theologisch freilich) beliebig weit getrieben werden konnten, musste jetzt ein gleich verlässliches Fundament für den Diskurs nach dem Kausalitätsprinzip gefunden werden.⁴⁸ Referenzbegriff dafür wurde das weltimmanente Naturgesetz. Der Begriff des Gesetzes wurde der Astronomie, Theologie und Jurisprudenz entlehnt; er war Ausdruck dafür, dass eine bestimmte Ordnung der Dinge gegeben sei und dass diese regulär und notwendig funktioniere.⁴⁹

Zugleich war zu garantieren, dass die Grundlagen eines Naturgesetzes auch «wahr» seien. Hier ergab sich eine weitere methodologische Verschränkung von Jurisprudenz und Naturwissenschaft. Francis Bacon⁵⁰, der die neue Methodologie in seinem «*Novum Organon*» 1620 umriss, drückte die Kooperation so aus, dass die Naturgesetze durch empirische Beobachtung und scharfe Befragung – also Inquisition – in den Griff zu bekommen seien. Er verglich dieses naturwissenschaftliche Vorgehen mit der juristischen Inquisition. Der Mensch müsse die Natur gleichsam fesseln und misshandeln, sie zum Geständnis pressen, und der Forscher müsse sie, wie der Anwalt den Zeugen im Prozess, so befragen, wie es der Fall erfordere,⁵¹ damit exaktes Wissen auch mächtig mache.⁵² Der Begriff der Wahrheit im nunmehr naturwissenschaftlichen Sinne als Ausdruck korrekter Wahrnehmung eines Sachverhalts wurde somit zur Grundlage des Gesetzesbegriffes, zunächst in der Natur-, dann auch in der Rechtswissenschaft.

⁴⁸ Dieser Übergang kommt bei Bacon (vgl. Silvia Manzo: Francis Bacon: Freedom, Authority and Science, in: *British Journal for the History of Philosophy* 14 (2) 2006, S. 245–273, insb. S. 247) und Spinoza (*Ethica* 1) klar zum Ausdruck. Ferner bei Hobbes, vgl. Jesseph (wie Anm. 14); Stewart Duncan: Hobbes's Materialism in the Early 1640s, in: *British Journal for the History of Philosophy* 13 (3) 2005, S. 437–448.

⁴⁹ Steinle (wie Anm. 46), S. 204–207; Schröder (wie Anm. 32), S. 20–23; Gerd Grasshoff/Hubert Treiber: *Naturgesetz und Naturrechtsdenken im 17. Jahrhundert. Kepler – Bernegger – Descartes – Cumberland (= Fundamenta Juridica. Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 44)*, Baden-Baden 2002. Grundsätzlich aus dem Blickfeld der Philosophiegeschichte: Peter Schulthess: Die philosophische Reflexion auf die Methode, in: Jean-Pierre Schobinger (Hg.): *Grundriss der Geschichte der Philosophie. Begründet von Friedrich Überweg. Die Philosophie des 17. Jahrhunderts. Allgemeine Themen. Iberische Halbinsel. Italien*, Basel 1998, Bd. 1/1, S. 62–120, insb. S. 86 ff, 99ff.

⁵⁰ Manzo (wie Anm. 48) 249–251; Shapiro (wie Anm. 41), S. 251; Rose-Mary Sargent: Scientific Experiment and Legal Expertise: The Way of Experience in Seventeenth Century England, in: *Studies in History and Philosophy of Science* Vol. 20 (1989), No. 1, S. 19–45, insb. 40.

⁵¹ Wolfgang Krohn: Die Natur als Labyrinth, die Erkenntnis als Inquisition, das Handeln als Macht: Bacons Philosophie der Naturerkenntnis betrachtet in ihren Metaphern, in: Lothar Schäfer/Elisabeth Ströker (Hg.): *Naturauffassungen in Philosophie, Wissenschaft, Technik. Bd. 2: Renaissance und frühe Neuzeit*, Freiburg/München 1994, S. 59–100.

⁵² Wolfgang Krohn (Hg.): *Francis Bacon, Neues Organon. Teilbd. I.1*, Hamburg 1990, S. 81.

Die Umsetzung der wissenschaftstheoretischen Grundlagen von Welt und Menschenbild nach Galilei und Descartes ins Recht erfolgte mit aller Konsequenz jedoch erst durch Thomas Hobbes,⁵³ den Meister der naturalistischen Politik- und Rechtslehre bis in die heutige Zeit.

C. Ausbreitung und Etablierung des neuen Denkens

Innerhalb des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation waren die Universitäten von Jena und von Halle in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts das Einbruchstor für die neuen Ansichten. Konkret – wie wir wissen –vermittelte etwa der Mathematiker Erhard Weigel dem jungen Pufendorf die neue Theorie⁵⁴ und festigte erste Eindrücke bei Leibniz.⁵⁵ Die Auswirkungen, wie sie Wolfgang Röd⁵⁶ oder Jan Schröder dargelegt haben, sind bekannt.⁵⁷ Wesentlich scheint mir nun aber, dass viele Rechtslehrer – juristischer wie philosophischer Provenienz, dies lässt sich im heutigen Sinne nicht immer klar differenzieren – nunmehr den Menschen und die Anthropologie zunehmend ins Zentrum ihrer Rechtslehre setzten. Dabei spielte auch die resolutiv-kompositive Methodik eines linear-

⁵³ Vgl. Thomas Hobbes: *Elemente der Philosophie. Erste Abteilung. Der Körper*, hg. und übers. von Karl Schuhmann, Hamburg 1997, Widmungsbrief, S. 5; sowie Wolfgang Röd: *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert* (= *AbhAk München, Phil.-hist. Kl., N. F.* 70), Habil. München 1970, insb. S. 17.

⁵⁴ Horst Denzer: *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München 1972, insb. S. 283ff.

⁵⁵ Röd: *Geometrischer Geist und Naturrecht* (wie Anm. 53); Dieter von Stephanitz: *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss*, Berlin 1970, S. 68ff., 73; Schulthess (wie Anm. 49), S. 106.

⁵⁶ Wie Anm. 53.

⁵⁷ Jan Schröder: *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)*, München 2001, S. 119f. Schröder zeigt insbesondere, wie die spätscholastische Argumentationsweise zusammenbricht und durch die neue Logik, die auf einem Denken in der Kategorie der Kausalbegrifflichkeit und der Gesetzesmäßigkeit beruht, ersetzt wird; Stolleis (wie Anm. 31); Hans Welzel: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (= *Jurisprudenz in Einzeldarstellungen* 4), Göttingen 1962; ferner Horst Denzer: *Spätaristotelismus, Naturrecht und Reichsreform: Politische Ideen in Deutschland 1600–1750*, in: Iring Fetscher/Herfried Münkler (Hg.): *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd. 3: *Neuzeit: von den Konfessionskriegen bis zur Aufklärung*, München/Zürich 1985, S. 233–273.

logischen Denkens – im Sinn des euklidischen *mos geometricus* – mehr und mehr eine entscheidende Rolle.⁵⁸

D. Die «demonstrierbare Jurisprudenz»

Das Ergebnis war denn auch die demonstrierbare Jurisprudenz,⁵⁹ wie sie unter vielen anderen von Johannes von Felden⁶⁰, Caspar Mantz⁶¹, Andreas Rüdiger⁶² und Jean Domat⁶³, letzterer in Frankreich⁶⁴, propagiert und im 18. Jahrhundert namentlich vom Hallenser Weltgelehrten Christian Wolff vertreten wurde.⁶⁵ Wolffs Schülerkreis wirkte bis in die Göttinger Schule hinein.⁶⁶

Die neue Theorie wiederum zeitigte Rückwirkungen auf das traditionelle *ius commune*, also das weltliche Recht auf den Grundlagen von Justinians Rechts-

⁵⁸ Vgl. dazu Peter Bender: Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft, iur. Diss. Frankfurt am Main 1955 (= RhistR 8), Frankfurt am Main u. a. 1979; ferner von Stephanitz (wie Anm. 55), S. 65, 77, 80, 82, 84f.

⁵⁹ Von Stephanitz (wie Anm. 55), S. 81; Röd: Geometrischer Geist und Naturrecht (wie Anm. 53), S. 8; Schröder (wie Anm. 32), S. 16–26.

⁶⁰ Vgl. Christian Gottlieb Jöcher (Hg.): Allgemeines Gelehrten-Lexicon, Zweyter Theil, D–L, Leipzig 1750, Sp. 547 (Reprint Hildesheim: Olms, 1961).

⁶¹ Vgl. ebd., Dritter Theil, M–R, Leipzig 1751, Sp. 122f. (Reprint Hildesheim: Olms, 1961).

⁶² Vgl. ebd., Sp. 2292f. (Reprint Hildesheim: Olms, 1961). Rüdiger war allerdings nur kurze Zeit als juristischer Lehrer tätig.

⁶³ Vgl. ebd. Zweyter Theil, D–L, Sp. 170 (Reprint Hildesheim: Olms, 1961).

⁶⁴ Vgl. auch Stintzing/Landsberg (wie Anm. 31), Abt. 3, Halbbd. I, S. 198; Helmut Coing: Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1989, S. 39; Franz Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 211.

⁶⁵ Heiner Lück: Christian Wolff in der rechtsgeschichtlichen Studienliteratur. Eine Bestandsaufnahme, in: Jürgen Stolzenberg/Oliver-Pierre Rudolph (Hg.): Christian Wolff und die europäische Aufklärung. Akten des 1. Internationalen Christian-Wolff-Kongresses, Halle (Saale), 4.–8. April 2004, Teil 3, Hildesheim/Zürich/New York 2007, S. 255–272, insb. S. 261, ferner Benedict Wünniger: Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs. Bedeutung und Funktion der transzendentalen, logischen und moralischen Wahrheit im systematischen und theistischen Naturrecht Wolffs (= Schriften zur Rechtstheorie 152), Berlin 1992, sowie Werner Schneiders (Hg.): Christian Wolff 1679–1754. Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung (= Studien zum achtzehnten Jahrhundert 4), 2. Aufl., Hamburg 1986.

⁶⁶ Senn: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss (wie Anm. 11), S. 323ff.; vgl. auch Hans-Ulrich Stühler: Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780–1815 (= Schriften zur Rechtsgeschichte 15), Berlin 1978, S. 114–151, insb. S. 114 und 135, wo Stühler darlegt, wie sich mit Pütter und Hugo zwei prominente Vertreter der Göttinger Schule gegen die Wolffianer wandten, woraus sich ersehen lässt, wie stark deren Einfluss zu dieser Zeit noch immer war.

sammlung, was Reinhard Voppel in «*Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus Modernus*» im Einzelnen nachgewiesen hat.⁶⁷

So war für den Jenaer Professor Johann Schilter zwar ausschließlich das positive Recht die Entscheidungsgrundlage des Praktikers.⁶⁸ Soweit dieses jedoch inhaltlich vom Naturrecht abweichen sollte, ging Schilter davon aus, dass das römische Recht in diesem Bereich gar nicht erst rezipiert wurde.⁶⁹

An der neu gegründeten Universität in Halle wirkte um 1700 bereits eine Generation von Juristen, die im Geist des neuen Naturrechts groß geworden war. Über die Gutachten ihrer Spruchfakultät, aber auch über die *prudentia legislatoria*, die Christian Thomasius lehrte, konnte die Universität Halle versuchen, Einfluss auf die Praxis zu nehmen, musste sich jedoch gerade in den Gutachten der Spruchfakultät an den Realitäten des geltenden Rechts orientieren, weshalb das Naturrecht immer nur eines unter mehreren Argumenten sein konnte. Die Vorstellungen vom Naturrecht begannen sich daher zu wandeln. Nicht mehr ein universelles, logisch herleitbares, sondern ein konkretes, hier und jetzt richtiges Naturrecht wurde postuliert.⁷⁰

Augustin Leyser argumentierte in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts kaum mehr mit Bezug auf ein System des Naturrechts, sondern beantwortete die Einzelfragen unter dem Aspekt der *aequitas*.⁷¹ Seinen Ansatz stützte er auf C.3,1,8.⁷² Dabei ging er sogar so weit, dass er es als Zeichen von Verstandesschwäche erachtete, Normen des geschriebenen Rechts zu suchen, wenn sich ein Entscheid

⁶⁷ Voppel (wie Anm. 23); ferner schon Wieacker (wie Anm. 64) mit Hinweisen, S. 322.

⁶⁸ Johann Schilter: *Institutiones juris. Ex principiis juris naturae, gentium & civilis, tum romani, tum germanici, ad usum fori hodierni accomodatae. Quibus textus Justinianus retentus, jus quo utimur, supplementum, atq(ue) fundamenta solida tum theoriae non superfluae, tum praxeos necessariae, quantum ad hoc institutum satis est, exposita. Adjecti sunt tituli de regulis juris. Et Verborum significatione.* Leipzig 1685, *Cupidae legum juventute*, S. 6 (unpaginiert); Voppel (wie Anm. 23), S. 140.

⁶⁹ So beispielsweise beim *pactum nudum*: Schilter (wie Anm. 68), *Lib. III, Tit. XIV*, S. 412; zum Ganzen und für weitere Beispiele: Voppel (wie Anm. 23), S. 142.

⁷⁰ Voppel (wie Anm. 23), S. 147ff.

⁷¹ Augustin Leyser: *Meditationes ad Pandectas quibus praecipua iuris capita ex antiquitate explicantur, cum iuribus recentioribus conferentur atque variis celebrium collegiorum responsis et rebus iudicatis illustrantur*, Bd. 1, überarbeitete Neuaufl., Leipzig/Braunschweig/Wolfenbüttel 1772, S. 25f., *Sp. III: De iure naturae et gentium*, *Meditationes III: Ius naturae etiam sine primo aliquo principio esse potest*; Voppel (wie Anm. 23), S. 164 und 176.

⁷² «Man hat angenommen, dass in allen Dingen die Rücksicht auf die Gerechtigkeit und Billigkeit höher steht, als die auf das strenge Recht.», Zitat in: *Codex Justinianus*, hg. und nachübers. von Gottfried Härtel/Frank-Michael Kaufmann, Leipzig 1991, S. 66.

auf die *ratio naturalis* abstützen ließ. Immerhin sollte man aber nicht gegen das römische Recht urteilen dürfen.⁷³

An Friedrich Gottlieb Struves Arbeiten zum Handwerksrecht lässt sich schließlich verfolgen, wie das Naturrecht für die Behandlung spezieller Rechtsfragen herangezogen wurde. Struve sah in der Erhaltung der Menschen, der *conservatio sui et omnium*, das Ziel und Grundprinzip des Naturrechts,⁷⁴ das – in Anlehnung an Pufendorf – mittels der *socialitas*⁷⁵ zu verwirklichen sei. Diesen Grundgedanken wandte er auf das Recht des Handwerks an: Die Handwerker sollten grundsätzlich frei sein, was sie produzierten, solange sie nur niemanden damit schädigten.⁷⁶ Im Interesse der *conservatio* könnten einem Gewerbe allenfalls gewisse Beschränkungen auferlegt werden, niemals aber dürfte die Ausübung eines Handwerkes gänzlich untersagt werden.⁷⁷

Samuel von Coccej und Gottfried Wilhelm Leibniz dagegen wandten sich wieder in moderater Haltung dem römischen Recht zu. Beide sahen in ihm das Naturrecht weitgehend verwirklicht.⁷⁸ Für Leibniz lagen die Mängel des römischen Rechts primär in der mangelnden Systematik seiner Kompilation. Er konzentrierte sich daher, ähnlich wie in Halle der Thomasiusschüler Johann Gottlieb Heineccius, darauf, den Stoff zu systematisieren.⁷⁹

⁷³ Leyser (wie Anm. 71), S. 13f. Sp. II: De iurisprudentia et iureconsulto, Meditatio III: Iureconsultus sine lege loquens non erubescat.

⁷⁴ Gottlieb Friedrich Struve: *Systema iurisprudentiae opificariae in formam artis redactae, ubi rerum mechanicarum principia ac conclusiones variaeque theoremata ex genuinis fontibus solidae politiae derivantur, atque ex iure divino, naturali, gentium ac positivo, ex imprimis ex consuetudinibus et statutis opificum mechanicis secundum usum et praxin imperii hodiernam et civitatum tam imperialium quam provincialium omnia deducuntur...*, Lemgoviae 1738, Tom. I. Lib. I. Caput IV. De iure naturali et gentium eiusque usu et effectu in causis opificariis, IV. Finis ac scopus iuris naturalis est conservatio omnium, S. 18.

⁷⁵ Ders.: V. Est hoc conservandi sui studium omnibus naturaliter inditum, S. 18f.

⁷⁶ Ders.: I. Naturalis ratio suggestit opificia, und II. Opificia natura sunt libera et cuivis patent, S. 16f.

⁷⁷ Ders.: III. Moderatione tamen iuris in externis opus est, quae primario ex iure naturali defumenda, S. 17, und VI. Translatio ad causas opificarias, S. 19; zum Ganzen auch Voppel (wie Anm. 23), S. 177f.

⁷⁸ Samuel L. B. de Cocceji: *Novum systema iustitiae naturalis et Romanae, in quo praemissio principio generali omnia iustitiae naturalis praecepta complectente. I. Iura Dei in homines demonstrantur. II. Iura hominum inter se iuxta tria iuris Romani obiecta exponuntur simulque universum ius Romanum in artem redigitur*, Halle 1750, Praefatio, S. 5, §§ 9f.; Voppel (wie Anm. 23), S. 182.

⁷⁹ Gottfried Wilhelm Leibniz: *Ratio corporis iuris reconcinnandi*, § 23ff. und § 80, in: *Operum tomii quarti pars tertia, continens opuscula ad iurisprudentiam pertinentia*, Genf 1768, S. 236f. und S. 241; Voppel (wie Anm. 23), S. 186.

V. Folgerungen und Ausblick

Die neue Jurisprudenz fußte zwar auf Voraussetzungen, deren Grundlagen seit dem Spätmittelalter in den Ansätzen von Konkretisierung und Individualisierung geschaffen und im Humanismus durch einen Aktualisierungsversuch der Antike weiterentwickelt worden waren. Doch die Umgestaltung der Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft beruhte zum großen Teil auf der Rechts- und Gesellschaftstheorie des Rationalismus.

Die Rezeption der neuen Rechtstheorie hing dabei entscheidend von der Akzeptanz des neuen Menschenbildes ab. Die naturalistische Anthropologie, auf der die neue Rechtstheorie beruhte, erschien jedoch kaum mit den Zielen der Gesellschaften und Staaten nach den großen Kriegen in Europa kompatibel. Sie galt den meisten Zeitgenossen als gottlos und wurde daher abgelehnt. Doch im Kontext des Gerichtsalltags etwa wurde der Nutzen der medizinischen Sicht auf den Menschen wahrgenommen, und dadurch ließ sich auch die neue Rechtstheorie leichter rezipieren. Ohne Verbindung der naturalistischen Rechtstheorie mit der konkreten Ebene der medizinischen Praxis hätte sie sich Ende des 18. Jahrhunderts kaum etablieren können. Dieser Sachverhalt erweist, welche Bedeutung das Menschenbild für das Recht hat.

Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen und politischen Umwälzungen Ende des 18. Jahrhunderts verliert sich jedoch diese rechtstheoretische Spur der Moderne wieder. Die Rechtstheorie des Vernunftzeitalters zerfällt vorerst in ihre Elemente einer kantianisch geprägten Wahrnehmung in Kategorien von Kultur und Natur. Historismus und Kantianismus brechen im frühen 19. Jahrhundert das fundamental-ontologische Prinzip des Vernunftrechts auf, wonach sich das Solen aus dem Sein weltimmanent erschlosse.

Die Konzentration des Restaurationszeitalters auf die Figuren des alten römischen Rechts, die sich an der Vorstellung eines gutbürgerlichen Händlers zu orientieren scheinen, lassen die bedeutungsvolle Verbindung von neuem Naturwissen und Recht schließlich weitgehend ungenutzt auseinander brechen.⁸⁰ Na-

⁸⁰ Die Hegelsche Rechtsphilosophie des Idealismus oder die Marxsche Gesellschaftstheorie des Materialismus stellten nochmals Versuche einer Reintegration von Recht und weltimmanent begründetem Menschenbild dar. Doch sie waren mit den gesellschafts- und staatspolitischen Zielen des Zweiten Deutschen Kaiserreiches unvereinbar, weshalb der Neukantianismus (siehe zuvor) wieder aufkam (vgl. dazu: Senn: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss [wie Anm. 11], S. 307f.). Im 20. Jahrhundert wurden sie durch die Verbindung zum faschistoiden Korporativismus und realen Sozialismus diskreditiert.

turwissenschaften, Medizin und Recht entwickeln sich bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts daher je autonom weiter. So streben die in den neukantianischen Kategorien begriffenen Kultur- und Naturwissenschaften im Zuge des Positivismus des 19. Jahrhunderts auseinander. Begriffliche Systeme, Dogmatik und ein Naturalismus ohne eine wissenschaftstheoretisch vermittelte Basis waren das vorläufige Ergebnis des Nebeneinanders.

Damit aber konnte nun ein Menschenbild als bloßes Derivat einer ungezügelt wuchernden Auffassung von Macht und Gewalt entstehen, das zugleich als metaphysischer Ausdruck von nackter Natur erschien.⁸¹ Das Recht orientierte sich in der Folge gegen 1900 zunehmend an solchen naturalistischen Auffassungen der Zeitgenossen von Rassenlehren, Volkshygiene und Sozialdarwinismus. Dies passte zu der zunehmend aggressiveren Mentalität und zum nationalen Konfliktwillen dieser Zeit.

Nicht zuletzt diese Erfahrungen aus und mit der Geschichte des Rechts könnten uns zeigen, wo der Grenznutzen eines naturalistischen Menschenbildes für die Rechtstheorie liegt. Immerhin war es nicht die Ideologie der Evolution, sondern es waren die konkreten kulturellen technischen Leistungen, die uns über unsere von Natur her unzulänglichen Möglichkeiten des menschlichen Körpers hinaus weiter gebracht haben.⁸² Und hierzu haben das Menschenbild und die Anthropologie der modernen Rechtstheorie des Vernunftzeitalters einen exemplarischen Beitrag geleistet.

⁸¹ Vgl. dazu Senn/Mühlemann (wie Anm. 29).

⁸² Vgl. dazu Marcel Senn: Was wollen wir wissen, und wo ist es überhaupt sinnvoll, weiterzudiskutieren?, in: Senn/Puskás (wie Anm. 3), s. Beitrag 11, S. 175–194.

Grenzen und Risiken der Hirnforschung – Folgerungen für die Rechtsordnung*

Viele von uns kennen die Situation aus dem Familien- oder Freundeskreis: Ein Mensch wird körperlich schwächer, er verliert zunehmend sein Gedächtnis. Er wird hilflos und weiss am Ende – für uns jedenfalls äusserlich nicht anders wahrnehmbar – auch kaum mehr: wer er oder sie war und ist.

Alles, was zum geistigen und gefühlsmässigen Bereich zählt, wie der Wille, die personale Identität, die Wahrnehmungs- und Entscheidungsfähigkeit – kurz die Autonomie eines Menschen –, sie verflüchtigen sich offensichtlich allmählich. Solche funktionalen Verluste zeigen, dass die menschliche Autonomie körperlich bedingt und begrenzt ist. Es lässt sich nicht umdeuten: Geist und Person hängen mit dem Alterungsprozess des Körpers ebenfalls zusammen.

Wenn also schon der Alltag so erfahren wird, dann können die neueren Informationen aus der Hirnforschung nicht mehr sonderlich überraschen. Die Hirnforschung bezeichnet das Gehirn als den spezifischen Teil des menschlichen Körpers, wo die Aktionen und Reaktionen eines Menschen an- und ablaufen. Die Hirnforscher meinen auch, dass die personale Freiheit und Identität des Menschen rein «hirnmässig» bedingt seien, und ein grösserer Teil von ihnen folgert daraus, dass die Willensfreiheit nur eine irreführende Selbstzuschreibung einer Eigenschaft sei, die es objektiv – das heisst naturwissenschaftlich – nicht gäbe. Der Mensch sei nur, was sein Hirn sei.¹

Mit diesem Befund kontrastiert allerdings nicht nur unser menschliches Selbstverständnis, sondern auch unsere gesamte moderne Gesellschafts- und Rechtsordnung, die auf Freiheit, Willen und Entschlüssen handelnder Subjekte beruht. Der Ausgangspunkt der Rechtsordnung ist der Einzelmensch. Ihm wird unter den Rahmenbedingungen von Freiheit und Verantwortung eine Handlungsmacht ver-

* Erstpublikation in: Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften, hrsg. v. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich: Schulthess 2008, S. 1–12. Der Verfasser dankt seinen beiden Assistierenden lic. iur. Barbara Fritschi und stud. iur. Mihai Vladescu für die kritische Durchsicht des Drucktexts.

¹ Gerhard Roth, Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten. Warum es so schwierig ist, sich und andere zu ändern, Stuttgart: Klett-Cotta, 4. A., 2008, S. 315ff., insb. S. 322, S. 328f.

liehen, mit der er, und somit wir alle, unsere Gesellschaft täglich bewusst gestalten können. Aufgrund dieser Sicht der Dinge kann auch jede Person sich frei entscheiden, welche Verträge sie eingehen will, oder ob sie einem Verbot, das bei Übertretung mit einer Strafe geahndet wird, Folge leisten will oder nicht. Die Tatsache, dass Menschen bei Krankheit oder Alter ihre Fähigkeiten zur bewussten Gestaltung des Lebens wieder verlieren können, wird aber auch in der Rechtsordnung berücksichtigt, indem die Freiheit und Verantwortlichkeit dieser Menschen entsprechend eingeschränkt wird.

Unsere Rechtsordnung fusst auf den Kategorien von Person, Sache und Handlung. Diesem Schema aus dem römischen Recht folgt übrigens auch unsere Sprache, indem sie Subjekt, Objekt und Verb und damit auch klar zwischen Aktivität und Passivität unterscheidet. Ist also die Rechtsordnung seit mehr als 2000 Jahren falsch konstruiert? Lügt gar die Sprache, wenn sie das aktive und willentliche Ich eines Menschen ins Zentrum stellt? Man könnte dies verneinen, wenn man die neuesten Ansichten aus der Hirnforschung hört und liest.

Historisch betrachtet liegt sowohl dem Rechtsdenken als auch dem Sprachbewusstsein eine aus der griechischen Philosophie entnommene epistemologische Annahme zugrunde, nach welcher der Mensch – wie die übrigen Lebewesen zwar auch – ein Tier sei, aber eines, das spezifisch zur Gesellschaft taue, weil es autonom und rational denken und handeln könne sowie überdies ein Gerechtigkeitsempfinden besitze, das es sprachlich differenziert äussern könne. Darin liege seine ethische und politische Kompetenz. In diesem Zusammenhang sei nur in Klammern angemerkt, dass der jüdisch-christliche Monotheismus, der das Abendland prägte, den personalen Aspekt und die Autonomie des Individuums noch besonders bekräftigt hat. Der Vielfalt der antiken Götterwelt wurde die «eine» Willens- und Herrscherperson «Gott» gegenübergestellt. Der Mensch wurde dem allmächtigen Gott, der allzeit aus absolut freiem Willen zu handeln vermag, als sein Ebenbild nachgebildet.

Das ethische Konzept der Antike und des Mittelalters, das auch der modernen abendländischen bzw. europäischen Auffassung des Menschseins zugrunde liegt, wurde im Zeitalter von Renaissance und Reformation im Verständnis der individuellen Willensentscheidung und Verantwortung weiter ausgeformt. In den folgenden Jahrhunderten wurde es durch den Rationalismus und die Aufklärung des autonom denkenden und handelnden Subjekts weiter verdeutlicht. Parallel dazu prägte die Rechtswissenschaft auf Grundlage des römischen Rechts den Begriff des Rechtssubjekts. Mit der Philosophie Immanuel Kants erreichte diese Auffassung vom ethisch und rechtlich verbindlich handelnden Menschen als autono-

mem Subjekt schliesslich den Gipfelpunkt des Begriffs von individueller Freiheit in unserer kulturellen Region. Nach dieser Vorstellung sind Freiheit und Verantwortung, Entscheidung und Handlung in der Weise aufeinander abgestimmt, wie sie bis heute unser Selbstbild als verbindlich handelnde Wesen bestimmen.

Diese kulturhistorische Entwicklung konstituierte auch jenes dichotome Verständnis von Geistes- und Naturwissenschaften, wonach ein Dualismus von Geist und Körper bestehe, woraus sich die intellektuelle Unabhängigkeit bzw. die Vorherrschaft des Geistes über den Körper in der Konzeption des frei handelnden Individuums herausbildete. Damit konnte die religiöse Lehre vom freien Entscheid des Menschen zur Sünde nunmehr zur säkularen Lehre der Willensfreiheit weiterentwickelt werden. Für die derzeit erneut vehement geführte Diskussion um die Willensfreiheit trägt die Analyse der Dichotomie kaum bei, denn nicht die Genese der epistemologischen Fragestellung, sondern vielmehr deren Funktion für die Gesellschaft war und ist entscheidend.

Richten wir daher unser Augenmerk lieber auf die Tatsache, dass die rasante gesellschaftliche, technische und wirtschaftliche Entwicklung Europas in der Neuzeit parallel zur Entwicklung der Behauptung vom selbstbestimmten Individuum verlief. Diese Beobachtung spricht zumindest für eine Korrelation zwischen dem spezifisch individualistisch geprägten Kulturcode, der ja auch immer wieder als unterdrückend bzw. herrschaftlich wahrgenommen und ebenso oft kritisiert wurde, und eben den sozialen und ökonomischen Entwicklungsschüben seit dem Spätmittelalter.² Aber auch die aktuelle Globalisierung scheint die historische Korrelation insofern zu bestätigen, als solche Vorstellungen vom frei entscheidenden und handelnden Individuum, wie sie sich in Europa einst herausbildeten, nun auch in anderen Kulturbereichen zunehmend heimisch werden, die historisch gesehen keine solch spezifisch individuell geprägte Entwicklung aufweisen.³ Man könnte diesen Sachverhalt nunmehr auf einen Zusammenhang hin anders formulieren: Offenbar gelingt die ökonomische Prosperität leichter mittels solcher gedanklichen Konstrukte einer subjektbezogenen Ethik oder Handlungstheorie. Im Recht werden solche Gedankenkonstrukte im Sinne einer personen-

² Vgl. Marcel Senn, Die Veränderungen des Menschenbilds, in: Akten des 36. Rechtshistorikertags, Halle an der Saale 2006, hg. v. Rolf Lieberwirth/Heiner Lück, Baden-Baden: Nomos, 2008, S. 400–420, s. Beitrag 9, S. 141–162.

³ Vgl. Hoo Nam Seelmann, Im Fluss des Geschehens. Über den freien Willen und über eine Welt, die ohne ihn auskommt, in: Neue Zürcher Zeitung, Nr. 268 vom 17./18. November 2007, B 2.

orientierten Rechtsordnung formuliert, in deren Zentrum die aus der Aufklärung stammenden Menschen- und Grundrechte stehen.⁴

Diese kulturhistorische Codierung erscheint nun jedoch unter neurowissenschaftlichem Blickwinkel fraglich, wenn nicht falsch. Die aktuelle Erkenntnis der Neurowissenschaften, wie das menschliche Gehirn funktioniert, steht der Auffassung vom sich selbst bestimmenden Menschen diametral gegenüber. Wir haben es also mit einer Paradoxie zu tun: Zum einen erscheinen Menschen neurowissenschaftlich verstanden als willentlich unfrei, das heisst, ein «willentliches Ich» ist objektiv nicht vorhanden. Vielmehr seien einzig die biologischen Bedingungen des Hirns für unsere Entscheidungen und Handlungen bestimmend. Auf der anderen Seite steht jedoch die Beobachtung, dass mit Zunahme und Ausgestaltung der Idee von einem ethisch und rechtlich frei entscheidenden und handelnden Individuum zugleich auch massgebliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen und Ausdifferenzierungen einhergehen, die erst vor dem Hintergrund dieser Vorstellungswelt eines aktiven und autonomen Ichs möglich wurden.⁵

Der Gegensatz, wie er heute zwischen Hirnforschung und den kulturellen Wissenschaften aufgebaut ist, scheint also nur eine Folgerung zuzulassen, dass nämlich die Hirnforschung als Grundlagenforschung Recht hat und dass alle anderen Disziplinen ihr daher zu folgen hätten. Auch hierin soll sich nach Massgabe der Hirnforschung das Axiom der Willensunfreiheit zu Gunsten der neurologischen Disziplin bestätigen!

Vorweg sei meinerseits klar gestellt: Ich zweifle weder die Seriosität der Naturwissenschaften noch die Objektivität deren Resultate *im Grundsatz* an, sondern bloss jene vereinfachenden Schlussfolgerungen, die aus gewissen Einsichten immer wieder verallgemeinernd auf gesamtgesellschaftliche Kontexte gezogen worden sind oder werden. Denn diese Kontexte selbst haben ihre eigene «kulturelle Objektivität», die unser Leben genauso gestaltet, wie die biologische Grundlage auf sie auch einzuwirken vermag.⁶ Aber um dies sehen zu können, bedürfte es vermehrt einer kritischen Distanz. Denn trotz des herben Kritizismus unserer

⁴ Vgl. Marcel Senn, Recht und Kultur – ein dialektisches Verhältnis, in: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15./16. Juni 2007 Universität Zürich (= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 115), hg. v. Marcel Senn/Dániel Puskás, Stuttgart: Franz Steiner, 2007, S. 13–21.

⁵ Vgl. dazu: Die Entdeckung des Ich. Die Geschichte der Individualisierung vom Mittelalter bis zur Gegenwart, hg. v. Richard van Dülmen, Köln/Weimar/Wien: Böhlau, 2001, insb. Kap. II, Entdeckung des Selbst in der Frühen Neuzeit.

⁶ Grundlegend: Markus Christen, Hirn-Gespinnste. Gespräche und Klärungen zur Hirnforschung, Biel: Verlag die Brotsuppe, 2007, S. 91–96, insb. die Kritik der Biologen, S. 95f.

scheinbar voll aufgeklärten Welt sind nämlich viele mit Bezug auf die Naturwissenschaften heute öfters geradezu naiv gläubig, vergleichbar jenen Menschen der mittelalterlichen Gesellschaft, die der Kirche auch blind glaubten.

Doch lassen wir uns auf die behaupteten Gewissheiten der modernen Hirnforschung ein. Ich bringe zwei Beispiele, eines aus den 1920er Jahren und eines aus jüngster Zeit von 2005. Sie beide zeigen, dass und wie die seriöse Hirnforschung ab und zu auch in allzu menschliche Problemfelder tritt, und dass wir daher gut daran tun, alles stets bewusst mit Skepsis aufzunehmen und zu prüfen. Ich meine: unser Hirn ist für die kritische Rezeption bestens geschaffen, wenn wir nur wollen und uns nicht irremachen lassen.⁷

Erstes Beispiel: Nach dem Tod von Lenin am 21. Januar 1924 wurde dessen Körper einbalsamiert und als konservierte Politikikone im Mausoleum vor der Kremlmauer ausgestellt, aber ohne dessen Hirn, das durch einen jungen Berliner Nervenarzt untersucht und in mehr als 30 000 Schnitte zerlegt wurde. Nach mehr als zweieinhalb Jahren Vorarbeiten kam dieser, gedrängt durch die neue Führungsriege in Moskau, zu einem vorläufigen Ergebnis: *«[...] ganz klar ein scharfer Unterschied der Struktur des Gehirns von Lenin und der Struktur gewöhnlicher Gehirne. Die Pyramidenzellen waren bei Lenin bei weitem stärker entwickelt, die verbindenden Assoziationsfasern zwischen ihnen bei weitem zahlreicher; auch die Körnerzellen waren bedeutend grösser und hervorstechend.»*⁸ Daraus zog er dann die gesellschaftlich nicht unmassgebliche Schlussfolgerung, dass Lenins Gehirn im Vergleich mit den Gehirnen von durchschnittlich intelligenten Menschen über *«eine bei weitem reichere materielle Basis»* verfüge und dass *«die assoziative Fähigkeit Lenins viel höher entwickelt war, wofür die höhere Vernetzung zwischen den Pyramidenzellen kennzeichnend sei.»*⁹ Damit konnte, wie es schien, die behauptete Genialität des Führers Lenin naturwissenschaftlich belegt werden. Allerdings war die Aussage angesichts der zu diesem Zeitpunkt noch äusserst dürftigen Befundbasis (von den 30 000 Schnitten waren nur einige wenige mikroskopiert worden) eine kühne Schlussfolgerung, die sich über mehrere Ebenen der Vermittlung psychophysiologischer Erklärungszusammenhänge

⁷ Vgl. Deena Skolnick Weisberg et. al., The Seductive Allure of Neuroscience Explanations, in: Journal of Cognitive Neuroscience, Nr. 20 (2008), S. 470–477, wo ausgeführt wird, dass und wie sich Nichtfachleute durch die neurowissenschaftliche Selbstdarstellung irreführen lassen und dabei deren Mängel in der logischen Argumentation verkennen.

⁸ Jochen Richter, Rasse, Elite, Pathos. Eine Chronik zur medizinischen Biographie Lenins und zur Geschichte der Elitegehirnforschung in Dokumenten (Neuere Medizin- und Wissenschaftsgeschichte 8), Herbolzheim: Centaurus, 2000, S. 53.

⁹ Ders., S. 68.

hinwegsetzte. Das Beispiel Lenins war indes kein Einzelfall, sondern gehörte zu einem europäischen Programm der Eliteforschung, das sich vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Rasse- und Elitetheorien sowie der materialistischen Auffassung etabliert hatte und von der Annahme ausging, der Mensch sei rein naturbedingt und ebenso gestaltbar. Das Beispiel zeigt aus der wissenschaftsgeschichtlichen Sicht folglich nur, von welchen Interessen die Hirnforschung auch noch geprägt war und sein kann, und welche gesellschaftlich relevanten Aussagen sie neben rein wissenschaftlichen auch noch produziert.

Das zweite Beispiel aus dem Jahr 2005, das ich anführe, hat mit dem sprachlichen Selbstausdruck der Hirnforschung zu tun. Denn wenn schon unsere kulturell gewachsene Sprache, wie eingangs bemerkt, unter Verdacht steht, sie könnte die Wirklichkeit nicht korrekt abbilden, wieso sollte dann nicht auch die Sprache der Wissenschaft selbst kritisch hinterfragt werden? Wenn ich meinen Blick auf die neueren Selbstbeschreibungen der Hirnforschung richte, dann fällt mir auf, dass die Argumentation eines der bedeutendsten Hirnforscher der Gegenwart, Wolf Singer, in sich zum Teil recht problematisch ist. Seine Textlogik baut mehrfach auf Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten auf; er verwendet dabei unreflektiert eine Metaphorik, die wohl kaum geeignet sein dürfte, neurobiologische Sachverhalte adäquat darzustellen. Sprachlich diffus schwingt im Hintergrund eine eigenartige Form von Metaphysik neben der objektiven Wissenschaft mit, wenn er etwa von «Schichtenstrukturen der Welt» und «Tiefenstrukturen hinter den Phänomenen» spricht. Dies mündet ins Fazit: *«Je mehr uns die Neurobiologie über die materielle Bedingtheit unserer kognitiven Leistungen aufklärt, umso deutlicher wird, dass wir uns vermutlich vieles nicht vorstellen können und dass wir die Grenzen nicht kennen, jenseits derer unsere Kognition versagt.»*¹⁰ Dies heisst dann nichts anderes als: Es gibt zwei Welten, eine realwissenschaftliche und eine unergründbare nicht-wissenschaftliche. Wüsste man nicht von der Vehemenz Singers in der Verteidigung der Neurowissenschaft als Grundlagenforschung, man könnte auch meinen, er stelle sie hiermit in Frage.¹¹ Doch es ist nicht nur die Art dieser fragwürdigen Selbstdarstellung, die Anlass zu Kritik bietet, sondern

¹⁰ Vgl. Wolf Singer, Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung – zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen, in: Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung, hg. v. Heinrich Schmidinger/Clemens Sedmak, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005, S. 135–160, insb. 135 (Unterscheidung der beiden Strukturebenen), 136 (Zitat). Ferner: ders., Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 2003.

¹¹ Vielleicht ist dies vor dem Hintergrund auch zu sehen, dass Singer Mitglied des päpstlichen Wissenschaftsrates ist: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdscien/own/documents/singerw.html (besucht am 11.07.2008).

auch der Forschungsprozess selbst, auf dem einige der zentralen Aussagen beruhen.¹² Es entsprechen die zum Teil recht trivialen Anordnungen der Experimente, wie sie Benjamin Libet, Patrick Haggard und Francisco Varela durchgeführt hatten, und die den grossartigen Schlussfolgerungen zugrunde gelegt wurden, wohl mehr dem Bedürfnis nach Allgemeinverständlichkeit, als einer seriösen und sorgfältigen Anlage eines Experiments.¹³ So wurden Probanden in künstlich angelegten Situationen mittels visueller Reize getäuscht und aus deren Reaktionen die – ohne weiteres zu vermutenden – wissenschaftlichen Beobachtungen abgeleitet, dass sie «getäuscht» handeln. Oder, man versuchte und versucht noch aus der visuell feststellbaren Lokalisierung von Abläufen in Hirnbereichen, irgendwelche bedeutende Schlussfolgerungen abzuleiten.¹⁴

Ich glaube, man muss selbst die grosse Wissenschaft, und dazu gehört die Hirnforschung zweifellos, insbesondere dann, wenn sie sich selbst als unbezweifelbar hinstellt, in ihrer Funktionsweise umso nüchterner sehen wollen. Wissenschaft wird von Menschen gemacht und ihre Ergebnisse sind also immer auch Beschreibungen von Menschen.¹⁵ Es sind Menschen, die Wissen schaffen und mitteilen. Thomas Kuhn hat 1962 dafür den Begriff des Paradigmas geprägt, der heute in aller Munde ist. Ein Paradigma stellt die Strukturbedingungen einer wissenschaftlichen Disziplin dar. Anhand der Geschichte der Naturwissenschaften, vorweg der Astronomie und Physik, zeigte er, dass und wie eine wissenschaftliche Disziplin keineswegs nur durch den Gegenstand und ihre Methoden, sondern insbesondere durch ein Bündel von Annahmen und Einstellungen einer Gruppe von Wissenschaftern bestimmt wird. Solange diese und andere, neu hinzukommende Wissenschaftler die bisherigen Annahmen gemeinsam vertreten, besteht der Forschungszweig konkurrenzlos, und solange spricht man davon, dass Wissen «normal» geschaffen werde. Bereits atypische oder innovative Forschung kann ein traditionelles Paradigma in Frage stellen. Aus dieser Konkurrenz kann

¹² Vgl. Martin Scarabis/Arnd Florack, Wie manipulierbar ist die Urteilkraft? Unbewusste Einflüsse können auf das Verhalten einwirken, in: Neue Zürcher Zeitung, Nr.147 vom 28. Juni 2006, S. 63.

¹³ Vgl. Hannah Monyer et al. (Hg.), Das Manifest: Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung, in: Gehirn & Geist: Das Magazin für Psychologie und Hirnforschung, Nr. 6 (2004), S. 30–37. Eine Antwort von Seiten der Psychologie erfolgte im Heft 7/8 des Jahres 2005. Die neuesten Forschungen werden auch von Hakwan Lau kritisiert. Er arbeitete am Wellcome Trust Functional Imaging Laboratory des UCL London und ist heute Assistant Professor an der Columbia University in NY, <http://hakwan.googlepages.com> (besucht am 10. Juli 2008).

¹⁴ Vgl. dazu: Bärbel Hüsing/Lutz Jäncke/Brigitte Tag, Impact Assessment of Neuroimaging. Final Report, Zürich/Singen: Hochschulverlag ETHZ, 2006, S. 161 ff., insb. 166f.

¹⁵ Vgl. etwa Robert B. Laughlin, Abschied von der Weltformel – Die Neuerfindung der Physik, München: Piper, 2007.

es unter Umständen zu einer Synthese des bisherigen mit dem neuen Modelldenken kommen, oder aber es kann sich daraus ein irrationaler Ablösungsvorgang, vergleichbar mit einer politischen Revolution, ergeben. Das neue Paradigma von Wissenschaft ersetzt dann das alte mitsamt dessen bis anhin gesicherten Wissensbestand. Auch wenn diese Ansicht Kuhns auf Kritik stiess, sie macht doch eines klar: Wissenschaft ist *immer auch* historisch bedingt. Das heisst, sie gilt während einer bestimmten Zeit und wird daher in ihrer Aussagekraft relativiert bzw. ihr werden Grenzen gesetzt. Das belegen ja auch die grossen Entwicklungen in der Physik. Hier führten zwei Sprünge in der Entwicklung zur modernen Physik: von der klassischen Auffassung des 17. Jahrhunderts über die Relativitätstheorie und Quantenphysik des frühen 20. Jahrhunderts zu offenen Fragen der Grundlagenforschung in Bezug auf die Theorie des Urknalls, einer Theorie der Elementarteilchen oder einer Theorie der Beschreibung komplexer Zusammenhänge. Dies zeigt: Wissenschaft selbst ist und bleibt hinterfragbar. Es gibt wohl mehr sinnvolle Fragen als Folgerungen in der seriösen Wissenschaft.

Diesen Sachverhalt hat sich auch die Rechtswissenschaft immer wieder vor Augen zu halten,¹⁶ bevor sie sich auf etwas einlässt. Unverkennbar besteht heute ein erneuter Trend, Evolutionsmodelle zu adaptieren oder eine neurowissenschaftliche Legitimation zu suchen.¹⁷ Die Rechtswissenschaft hat sich stattdessen zu fragen: Darf sie sich auf solche Wissenschaftsaussagen eines Forschungszweiges einlassen, deren Grundlagen keineswegs bereits gefestigt sind, nur weil der Diskurs derzeit gerade «in» ist, mit öffentlichen Forschungsgeldern gefördert wird und man sich darob anheischig machen kann, besonders progressiv zu sein? Zu vieles ist in der Hirnforschung erst im Stadium der Untersuchungen, zu vieles wird publikumswirksam nur breit geschlagen.¹⁸ Es wäre ja auch nicht das erste Mal, dass die Rechtswissenschaft – ebenso bereitwillig wie ihrer Fähigkeit zur Selbstreflexion ledig –, sich auf solche Trends einliesse. Dies zeigt die Rechtsgeschichte.

¹⁶ Grundlegend dazu: Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19./20. Mai 2006, Universität Bern (= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 111), hg. v. Marcel Senn/Dániel Puskás, Stuttgart: Franz Steiner, 2006.

¹⁷ Alexandre von Rohr, «Neurodämmerung» in der Rechtswissenschaft. Zur Frage der Willensfreiheit, in: Recht, Moral und Faktizität. Festschrift für Walter Ott, hg. v. Sandra Hotz/Klaus Mathis, Zürich/St. Gallen: Dike, 2008, S. 411–436, insb. S. 418f., 432ff.

¹⁸ Martin Hubert, Ist der Mensch noch frei? Wie die Hirnforschung unser Menschenbild verändert, Düsseldorf: Walter, 2006, z.B. S. 180–185.

Vergegenwärtigen wir uns:¹⁹ Mit Zuwachs der Bedeutung der Naturwissenschaften seit den 1830er Jahren begannen sich die Gesellschafts- und Rechtswissenschaft an der naturwissenschaftlichen Diskursen zu orientieren. Dabei gab es auch Strömungen, die damals keineswegs als problematisch angesehen wurden. So lassen sich in der Zeit von 1860 bis 1940 deutliche Spuren von Rassentheorien im Rechtsbereich feststellen, die zu menschlich zerstörerischen Gesetzen etwa im Nationalsozialismus führten. Es gab aber auch eine Kriminalanthropologie, die aus der Vorstellungswelt heraus operierte, es gebe den «geborenen Verbrecher», den man nur finden müsse und dann aussondern könne, um die Gesellschaft vor ihm zu schützen, was für viele tausende Menschen verheerende Folgen hatte. Ganz allgemein fanden auch sozialdarwinistische Wertungen Eingang ins Rechtsdenken, die gesamtgesellschaftlich inhuman waren und die nicht wenig zur Kriegstreiberei im Vorfeld der beiden Weltkriege beitrugen. Solche naturalistischen Ansätze wurden aber auch in der Wissenschaft von zwei oder drei Generationen weitgehend mitgetragen. Heute sind solche Denkansätze nicht bloss fraglich, sondern schlicht wertlos. Die geschichtliche Erfahrung mahnt folglich zur Vorsicht und insbesondere fordert sie, stets kritisch reflexiv zu bleiben.

Diese Reflexivität ist angezeigt. Denn wenn wir davon ausgehen können, dass der Mensch ein endliches Wesen ist, dann wissen wir nur umso mehr um seine ganz besondere Verletzlichkeit. Selbst wenn lokalisiert und visualisiert werden kann, dass und wo im Hirn eine bestimmte Funktion abläuft, wenn einem Menschen Schmerzen zugefügt werden, so leidet nicht sein Hirn, sondern es leidet der Mensch. Man muss daher den Menschen als Individuum und in seiner Subjektivität ernst nehmen. Der Mensch ist und bleibt das Subjekt. Denn – dies ist ohne weiteres einsichtig – das Ganze, mithin der Mensch, ist stets mehr als die Summe seiner Teile oder Organe.²⁰ Das Hirn ist daher nicht schon der Mensch.²¹

Wenn es das intellektuelle Steuerungszentrum eines Bewusstseins nicht geben sollte, wie die Hirnforschung heute erklärt, so ist dies (möglicherweise) naturwissenschaftlich korrekt, doch daraus lassen sich keine sinnvollen Schlüsse auf den

¹⁹ Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 4. A., 2007, S. 377–399; Marcel Senn/Lukas Gschwend, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2. A., 2004, Kap. 3 und 5.

²⁰ Vgl. Petra Gehring, *Ein Organ wie jedes andere? Zur Rechtspolitik der Hirnbildverwendung und der Hirnmanipulation*, in: *Die Gedanken sind frei ... – Hirnforschung und Persönlichkeitsrechte*, hg. v. Bettina Sokol, Düsseldorf: Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, 2007, S. 56–75.

²¹ Michael Hagner, *Der Geist bei der Arbeit. Historische Untersuchungen zur Hirnforschung*, Göttingen: Wallstein, 2006, S. 193f., 246–260, insb. 259.

Menschen, seine Gesellschaft und sein Recht derart ableiten, dass eine gesamte funktionierende Tradition gleichsam als falsch erklärt und ausser Kraft gesetzt wird. Ich meine, sicherlich ist der Hirnforschung darin Recht zu geben, dass die Hirnfunktionen zur Erklärung und zum Verständnis des Menschen zentral sind. Jedoch scheint mir die heutige Hirnforschung, so wie sie sich präsentiert, weitgehend noch einem Menschenbild verhaftet zu sein, das an Diskussionen zur Willensfreiheit ansetzt, wie sie im 17. Jahrhundert geführt und im 19. Jahrhundert fortgesetzt wurden.

Die Hirnforschung untersucht bislang einfache Handlungsvorgänge von Menschen, die – übertragen auf die Rechtsordnung – etwa auf das Grundmuster eines einfach handelnden Straftäters passen. Sie äussert sich daher auch immer wieder zu Beispielen aus diesem Bereich des Rechts.²² Doch die Rechtswelt besteht nicht nur aus Straftätern, sondern auch aus loyal handelnden Bürgerinnen und Bürgern: aus Vertragspartnern, aber auch aus Managern und Verwaltungsräten, die Unternehmen in komplexen Situationen, multilateralen Interaktionen und globalen Kommunikationsprozessen führen. Um solch komplexe und interaktive Prozesse insgesamt darzustellen, fehlt es der Hirnforschung jedoch schlicht an der Sprache. Sie kann sich immer nur auf einfache Abläufe beziehen, wie sie z.B. ein Kleindieb vornimmt. Der Straftäter aber war seit jeher ein bevorzugtes Untersuchungsobjekt sowohl der Wissenschaft, weil leicht verfügbar, als auch der Gesellschaft, weil ein Vorzeigeobjekt, das sich auspeitschen, aufhängen, aussondern und ausstellen liess.

Wir stehen heute wieder vor jener gewichtigen Frage, die sich bereits Ende des 18. Jahrhunderts gestellt hatte und damals auch trefflich beantwortet worden war, nämlich dem Problem der normativen Nutzbarmachung anthropologischer oder humanmedizinischer Denkansätze. Wir wissen seither, dass sich aus der Wirklichkeit – oder was wir dafür halten – keine Sollens-Normen ableiten lassen. Was ist, erklärt nicht, was sein soll. Mit dem Sollen beschäftigt sich jedoch das Recht. Das Recht ist eine Sollensordnung und insofern richtet sich das Recht stets nach einer Vorgabe, die ein sozial verträgliches Verhalten allgemein einfordert und individuell abweichende Verhaltensweisen mit Sanktion zu steuern versucht. Erst dadurch werden Recht und Gesetze sinnvoll. Sonst müssten wir uns ja nicht anders verhalten, als wir vorgeblich könnten; und da sich alle gerade nur so verhielten, wie sie triebmässig wollten, wäre Recht gerade nur das, was sich jeweils fak-

²² Vgl. Grischa Detlefsen, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektiven des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, z.B. S. 307.

tisch auch realisierte. Dies bedeutete jedoch nichts als die Willkür derjenigen, die sich mittels Repression und Gewalt durchsetzten. Eine Rechtsordnung aber zielt auf Konstitution einer gerechten Gesellschaft von Bürgern, respektive Gemeinschaft von Menschen. In dem Sinne ermöglicht erst das Recht eine rationale und kalkulierbare Welt der Interaktionen.

Abgesehen von dieser wissenschafts- und rechtstheoretisch bedeutsamen Sicht auf die Grundlagen muss auch die Relevanz des politischen Arguments mit in Betracht gezogen werden, das Singer in seinem Essay unter strafrechtlichen Aspekten mit dem Stichwort der «Humanisierung» thematisiert. Eine Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, die nach dem Marktprinzip funktionieren soll, setzt die Konkurrenz voraus und eröffnet damit auch die Möglichkeit, auf Anreize je nach individuellen Möglichkeiten unterschiedlich zu reagieren. Freilich scheint dies auch nach deterministischer Auffassung denkbar, insofern die triebgesteuerten Individuen eine Vielfalt von Aktionen erzeugten. Doch handelten diese Menschen nur nach ihrer Natur und somit ohne Autonomie, und sie könnten sich folglich nie «willentlich», mithin positiv, den gesetzlichen Forderungen des Rechts anschliessen. Selbst das härteste Sanktionssystem könnte auf ihre Determination nicht einwirken.

Die Menschen wären dann jedoch auch durch Reflexion nicht in der Lage, sich unter Bezugnahme auf ethische Aspekte frei zu verhalten und somit anders als triebgesteuert zu funktionieren. Das Marktprinzip aber geht gerade davon aus, dass die Teilnehmer trotz aller Getriebenheit, traditionsbestimmten Verhaltensmustern und so genannten Sachzwängen letztlich doch frei wählen können und werden, nachdem sie Überlegungen oder sogar Berechnungen zu Wert und Sinn von Angeboten angestellt haben. In diese Überlegungen sollten die Gesichtspunkte der Unterscheidung von Recht und Unrecht, die durch Gesetze bestimmt sind, aber auch ethische Aspekte einbezogen werden, um die Handlungsweise selber zu bestimmen.

Eine solch differenzierte Gesellschafts- und Rechtsordnung setzt daher mit Grund auf Akteure, die autonom – weil bewusst (und nicht nur triebgesteuert) – handeln und die sich aufgrund ihrer intellektuellen Autonomie und Selbstbestimmung auch verbindlich einlassen können und wollen. Wenn jedoch, wie Singer argumentiert,²³ die Akteure unfrei handelten, weil sie ausschliesslich durch neuronale Prozesse determiniert sind, dann würde sich dadurch keineswegs nur

²³ Vgl. Singer (Anm. 10), Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung – zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen, S. 150f.

die Argumentationslinie ändern,²⁴ sondern die Rechtsordnung selbst erhielte eine politisch vollkommen andere gesellschaftliche Bedeutung. Die veränderte Attribution von Handlungen durch «bewusste» gegen «unbewusste» hirnphysiologische Prozesse wäre dann belanglos und die Rechtsordnung würde – entgegen der Ansicht Singers – keineswegs humaner, sondern im Gegenteil zum reinen Selektionsinstrument in der Hand eines Eliteregimes. Die geschichtlichen Erfahrungen mit Diktaturen des 20. Jahrhunderts sollten in dieser Hinsicht eine Warnung sein. In ihnen wurde den Individuen ebenfalls grundsätzlich kein Eigenwert zugestanden. Die politischen Ideologien, auf denen die Diktaturen beruhten, waren aber allesamt mehr oder weniger naturwissenschaftlich bzw. materialistisch begründet worden, was eine problematische Parallele zur heutigen Diskussion erkennen lässt.²⁵

Ihren unlängst propagierten Anspruch, ein neues Menschen- oder Gesellschaftsbild zu schaffen, vermag die Hirnforschung methodologisch zurzeit jedenfalls nicht einzulösen. Vielleicht müsste man sich in aller Bescheidenheit auch einmal fragen, ob ein dermassen komplexes Kilogramm menschliches Gehirn mit je 100 Milliarden Neuronen und Gliazellen überhaupt als ein Ganzes verstanden werden kann, ohne dass man nicht schon von Anfang an einem trivialen Reduktionismus aufsitzt. Die Hirnforschung, so sehe ich es, vermag daher die Rechts- und Gesellschaftsordnung nicht radikal zu verändern, wie einige ihrer Protagonisten behaupten. Sie vermag vielleicht in Teilbereichen – etwa im Strafrecht – in *einzelnen* Fällen zur Humanisierung beitragen. Doch hier liegen auch ihre ganz konkreten Grenzen mit Bezug auf das Recht.

²⁴ Vgl. Ders., S. 159.

²⁵ Vgl. Anm. 18 zuvor.

Was wollen wir wissen, und wo ist es überhaupt sinnvoll, weiterzudiskutieren?

Einführungsreferat zur wissenschaftstheoretischen Grundlagenproblematik*

Inhaltsübersicht

I.	Eintritt in einen bestehenden Diskurs	175
II.	Analyse von Wolf Singers Text aus dem Jahre 2005: «Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbestimmung»	178
A.	Deskription	179
1.	Menschenbild und Naturgesetze	179
2.	Evolution komplexer Gehirne und Wahrnehmung	180
3.	Die soziale Konstitution des Ich	181
4.	Freie und unfreie Entscheidungen – eine verfehlte Alternative	182
5.	Bewusste und unbewusste Entscheidungen – eine richtige Unterscheidung	183
B.	Kommentar	184
1.	Sprachliche Textlogik	184
2.	Die wissenschaftstheoretische Erörterung oder der Weg zurück zur Metaphysik	185
III.	Kritische Intervention zur Logik der Forschung	188
IV.	Grundsätzliche Einwände und konkrete Fragen	189
V.	Zusammenfassung und Ausblick	193

I. Eintritt in einen bestehenden Diskurs

Mit dieser fachwissenschaftlichen Tagung zum Thema «Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung», zu der Juristen – wenn ich recht sehe – erstmals ein-

* Erstpublikation in: *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern, hrsg. v. Marcel Senn, Dániel Puskás, Stuttgart: Franz Steiner, 2006 (= ARSP Beiheft 111), S. 11–26.

laden, treten wir in einen bestehenden Diskurs ein, den die Hirnforschung mit den Disziplinen der Psychologie und Philosophie bereits seit einigen Jahren führt. Die Tatsache, dass die Hirnforschung ein neues Menschenbild als wissenschaftlich verbindlich vorgibt,¹ demzufolge wir weder über eine Ich-Identität noch über eine willentliche Entscheidungsmöglichkeit verfügen, stellt die Rechtswissenschaft zwar nicht als solche in Frage, jedoch vor grundlegende Fragestellungen, die sie für ihre eigene Disziplin zu beantworten hat.

Die Rechtswissenschaft hat gemeinsam mit den Neurowissenschaften die wissenschaftliche Stichhaltigkeit der bisherigen Aussagen von Gehirnforschung und Kognitionspsychologie sowie ihre sozialwissenschaftlichen Bedeutungen zu klären, insbesondere mit Blick auf die zentralen Aspekte von «Freiheit und Verantwortlichkeit».

Diese Tagung soll einen ersten Schritt in diese Richtung tun. Verfehlt wäre jedoch die Erwartung, ein gegenwärtig bestimmtes neurowissenschaftliches Programm könne der gemeinsamen Konzeptentwicklung gleichsam pragmatisch unterlegt werden. Genauso wäre die Annahme verfehlt, die Gesellschaftswissenschaften seien aus Gründen der Wissenschaftsloyalität etwa verpflichtet, Vorgaben der Neurowissenschaften zu adaptieren. Die Naivität, mit der bisweilen sonst auch kritische Gesellschaftswissenschaftler in diesem Kontext ans Werk gehen, indem sie für einen Anschluss an die neurowissenschaftlichen Vorgaben plädieren, lässt auf eine nur kümmerlich ausgebildete wissenschaftstheoretische Reflektionskraft schliessen.

Die Wissenschaftsgeschichte der Neuzeit hat in dieser Hinsicht mit schlechten Erfahrungsbeispielen nicht gezeigt und dem kritischen Verstande deutlich genug gezeigt, dass langfristig nützliche Paradigmen erst dann von wissenschaftlicher Relevanz sein können, wenn sie sorgfältig entwickelt, in sich ausreichend differenziert, terminologisch konzis gefasst und methodologisch stichhaltig fundiert sind.² Wo fachübergreifende Allgemeinaussagen verbindlich platziert werden sollen, ist auch eine interdisziplinär breit abgestützte und methodologisch analytische Kontroverse unabdingbar. Es gibt indes noch keine Anzeichen dafür, dass

¹ Vgl. Wolf Singer, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2003.

² Vgl. Marcel Senn, *Recht – Gestern und Heute. Juristische Zeitgeschichte*, Zürich: Schulthess, 2002, insbesondere die Beispiele zu den Rassenlehren des 19. und frühen 20. Jahrhunderts in Kap. 3 sowie das Beispiel der Analyse von Lenins Hirn durch den Nervenarzt Oskar Vogt (55, Anm. 7). Die dort geschilderte Beschreibung von Lenins Hirn ist dem Sprachstil der heutigen Hirnforschung durchaus vergleichbar. Siehe dazu Beitrag 10 zuvor, S. 163–174.

die Voraussetzungen für verbindliche, fachübergreifende Allgemeinaussagen heute schon gegeben wären. Hirnforschung und Kognitionspsychologie scheinen zwar – wie dies für eine euphorische Startphase wohl typisch ist – von ihren eigenen Teilerkenntnissen überaus fasziniert. Dadurch stehen sie allerdings auch unter einem erheblichen, selbst geschaffenen Erfolgsdruck und vermeinen, schnellschlüssige Verallgemeinerungen für alle Wissenschaften produzieren sowie ein gesellschaftliches Gesamterklärungsmodell konstruieren zu müssen. Für die Reifung fehlt die Zeit. Dass man damit zugleich aber auch auf die kritische Schwelle zur trivialen Metaphysik – subjektiver Prägung je Autor – zuschreitet, ist das Kernproblem, auf das ich im Folgenden besonders aufmerksam machen möchte.

Man wird sich freilich mit Recht fragen, was denn ausgerechnet Juristen auf forschungsfremdem Terrain zu suchen hätten. Nichts, lautet die Antwort ehrlicherweise, nichts jedenfalls solange, als es um eine interne fachwissenschaftliche Diskussion geht. Denn jede Disziplin hat ihren unantastbaren Kompetenzbereich. Der Jurist kann genauso wenig an einer fachwissenschaftlichen Diskussion der Hirnforschung teilnehmen, für die er nicht vorbereitet ist, wie der Hirnforscher sich ebenfalls nicht in andere Disziplinbereiche einmischen kann oder sollte. Ich möchte klarstellen, dass es wissenschaftstheoretisch beidseitig – sowohl von der Hirnforschung als auch von der Rechtswissenschaft – unzulässig ist, in den jeweils anderen Kompetenzbereich überzugreifen, solange es nicht um Allgemeinaussagen geht, die allgemein zu diskutieren sind. Doch darf ich an dieser Stelle auch daran erinnern, dass sich die Naturwissenschaften der Neuzeit einst am prozessualen Modell der juristisch stringenten Zeugenbefragung orientiert haben.³ Es war Francis Bacon, der um 1620 das naturwissenschaftliche Vorgehen mit der juristischen Inquisition und der geschickten Zeugenbefragung verglich. Nach Bacon muss der Forscher die Natur gleichsam fesseln und misshandeln, um sie aus sich selbst heraus zum Geständnis zu pressen, und er muss die Natur wie der Anwalt den Zeugen im Prozess entsprechend unnachgiebig befragen.⁴ Dies sei freilich nicht die empfohlene Methode, doch ein Fingerzeig auf die Frage, was Juristen in einer methodologischen Debatte im naturwissenschaftlichen Bereiche

³ Vgl. Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 3. A. 2003, 229.

⁴ Francis Bacon, *Neues Organon* (1620), *Francis Bacon*, hrsg. v. Wolfgang Krohn, Teilbd. I.1., Hamburg: Meiner, 1990, 81; vgl. dazu: Wolfgang Krohn, Die Natur als Labyrinth, die Erkenntnis als Inquisition, das Handeln als Macht: Bacons Philosophie der Naturerkenntnis betrachtet in ihren Metaphern, in: *Naturauffassungen in Philosophie, Wissenschaft, Technik*, hrsg. v. Lothar Schäfer/Elisabeth Ströker, Bd. 2: Renaissance und frühe Neuzeit, Freiburg/München: Alber, 1994, 59–100.

zu suchen hätten. So beginnt die Mitwirkung am transdisziplinären Dialog dort, wo die fachwissenschaftliche Diskussion endet und Ergebnisse oder Einsichten auf andere Wissenschaften oder die Praxis übertragen werden sollen. Hier begründen sich Recht wie Pflicht eines jeden Wissenschaftszweiges, Stichhaltigkeit und Schlüssigkeit einer Argumentation bzw. Beweisführung zu Aussagen, die für sich allgemeine Geltung reklamieren, zu hinterfragen.

II. Analyse von Wolf Singers Text aus dem Jahre 2005: «Selbsterfahrung und neurobiologische Fremd- bestimmung»

Als ich mich mit einigen Schriften Wolf Singers befasste und ihn anlässlich einer Tagung am 9. Dezember 2005 argumentieren sowie auf gewisse Fragestellungen antworten hörte,⁵ wurde mir bewusst, dass eine wissenschaftstheoretische Analyse eines seiner Beiträge mehr Einsicht in die dilettantische Argumentationsstruktur der aktuellen Hirnforschung mit ihrem Welterklärungsanspruch bringen würde, als ein Vergleich von zentralen Aussagen der neuesten Hirnforschung mit historischen Wissenschaftsmodellen. Meine erste Absicht war es nämlich, durch einen solchen Vergleich den reduktionistischen Naturalismus, der auch in die Gesellschafts- und Rechtstheorie der verschiedenen Epochen übertragen worden war, als ein historisch konstantes Problem seit dem 17. bzw. 19. Jahrhundert vorzuführen.⁶

⁵ Wolf Singer, «Vortrag: Kulturwissenschaftliche Implikationen der Hirnforschung», Jacob Burckhardt-Gespräche auf Castelen in Augst (Augusta Raurica) vom 9. Dezember 2005.

⁶ Vgl. Senn (Fn. 3), 229ff., 237f., 350–364; Bettina Dietz/Thomas Nutz, «Naturgeschichte des Menschen als Wissensformation des späten 18. Jahrhunderts», *Zeitschrift für Historische Forschung* 32 (2005), 45–70; Werner Kutschmann, *Der Naturwissenschaftler und sein Körper. Die Rolle der «inneren Natur» in der experimentellen Naturwissenschaft der frühen Neuzeit*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986; Alex Sutter, *Göttliche Maschinen. Die Automaten für Lebendiges*, Frankfurt a. M.: Athenäum-Verlag, 1988; Lukas Gschwend, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht. Historisch-dogmatische Rhapsodien zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung medizinhistorischer und wissenschaftsgeschichtlicher Aspekte*, Zürich: Schulthess, 1996 (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 33); Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3. A. 1965, 215; Bertold Müller, *Rechtliche und gesellschaftliche Stellung von Menschen mit einer «geistigen Behinderung». Eine rechtshistorische Studie der Schweizer Verhältnisse im 19. und 20. Jahrhundert*, Zürich: Schulthess, 2001, 337–421 (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 44); Marcel Senn/Lukas Gschwend, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, Zürich/Basel/ Genf: Schulthess, 2. A. 2004, 151–184.

Aus diesem Grunde versuche ich, das Konzept von Wolf Singer – stellvertretend für die Hirnforschung – nun ausführlicher wiederzugeben. Zugleich hoffe ich damit eine Einführung in die methodologische Problematik der gegenwärtigen Hirnforschung bieten zu können. Ich stütze mich bewusst auf nur einen Beitrag Singers, um die Schlüssigkeit innerhalb einer festgelegten Argumentationsstruktur konsequent verfolgen zu können. Es handelt sich um seinen Beitrag *«Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbestimmung. Zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen»*, der im Sammelband *«Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung»* im Jahre 2005 erschienen ist.⁷ Ich beginne mit einer Deskription der Aussagen, der ich einen kritischen Kommentar sowie eine Palette von grundsätzlichen Einwendungen und konkreten Fragen folgen lasse, die der Diskussion als Grundlage dienen können.

A. Deskription

1. Menschenbild und Naturgesetze

Nach einer methodologischen Einleitung, auf die ich erst im Kommentarteil eingehe, kommt Wolf Singer sogleich auf das Menschenbild zu sprechen. Dieses ist für das Wissenschaftsverständnis der Hirnforschung offensichtlich grundlegend. Singer stellt dem traditionellen Menschenbild der individuellen Selbsterfahrung dasjenige seiner neurobiologischen Perspektive gegenüber.

Das subjektive Menschenbild sei, so Singer, geprägt von der Vorstellung, dass wir beseelte Wesen seien, die nicht nur empfinden sondern auch entscheiden und insofern unsere Handlungen bewusst und verantwortlich gestalten. Diese Anschauung führe zu einem wissenschaftlich unhaltbaren dualistischen Bild von immaterieller und materieller Welt, deren Dichotomie es zu ermöglichen scheine, unseren Entscheidungen eine den neuronalen Prozessen vorausliegende Freiheit zu unterstellen. Dies sei mit den deterministischen Naturgesetzen jedoch inkompatibel. Daraus ergebe sich nämlich die grundlegende Unvereinbarkeit zwischen Selbst- und Aussenwahrnehmung, welche die Menschheit seit je beschäftigt habe. Was zunächst nur Vermutungen diesbezüglich erzeugt hätte, wandle sich jetzt

⁷ Wolf Singer, *Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung – zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen*, in: *Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, hrsg. v. Heinrich Schmidinger/Clemens Sedmak, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005, 135–160. Dieser Beitrag beruht auf dem Aufsatz: *«Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung»*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004) 8, 235–256.

zu einem nicht mehr verdrängbaren Problem, das insbesondere die Neurobiologie formuliere.⁸

2. Evolution komplexer Gehirne und Wahrnehmung

Singer hält fest, dass alles menschliche Verhalten auf Hirnfunktionen und somit auf deterministischen Gesetzen physikalisch-chemischer Prozesse beruhe, weshalb die neuronalen Prozesse unser Denken, Planen und Entscheiden beeinflussen. Hieran schliessen Ausführungen zur Evolution von komplexen Gehirnen. Nach Singer funktionieren die Nervenzellen der Hirne von Schnecken nach den gleichen Prinzipien wie diejenigen der Grosshirnrinde des Menschen und zwar im Ganzen wie mit Blick auf die molekularen Bestandteile, die Anatomie der Zellen und die Kommunikation zwischen den Nervenzellen. Man könne daher im Vergleich mit der beträchtlichen Artenvielfalt im Übrigen von einer Monotonie oder einem Konservatismus in der Evolution des Hirns sprechen.

Die einzige Differenz in der Strukturierung der Gehirne aller Tiere, einschliesslich des Menschen, bestehe in der quantitativen Vermehrung einer bestimmten Hirnstruktur, die es ermögliche, kulturelle Verarbeitungsprozesse zu realisieren, die schon den *homo sapiens* von der übrigen Tierwelt unterscheide. Denn alle Tiere mit höher organisierten Gehirnen könnten ihre Empfindungen wahrnehmen, was handlungsrelevant sei. Entscheidend sei dafür die Speicherung von Wahrnehmungsinhalten, was durch Zuwendung selektiver Aufmerksamkeit ermöglicht werde. Tiere, die über die Speicher- und Selektionsmechanismen verfügten, könnten – wie der Mensch – wahrscheinlich ein phänomenales Bewusstsein aufweisen. Der Aufbau des Bewusstseins stelle eine vielfache operationalisierbare kognitive Leistung dar, die somit auch wieder analysierbar werde. Durch Iteration und reflexive Anwendung solcher kognitiver Operationen bilde sich sodann eine auf sich selbst bezogene Metarepräsentation. Das Hauptproblem der selbstbezogenen Metarepräsentation sei das «Bindungsproblem», wie es Singer bezeichnet, das heisst, die Frage, wie die unzähligen Kognitionen zu einem selbstreflexiven Ganzen verarbeitet und gespeichert werden könnten. Dazu trägt Singer die Arbeitshypothese vor, dass die Koordination von vielen, verschiedenen kognitiven Aktivitäten nur über die Definition präziser zeitlicher Relationen zwischen den neuronalen Antworten der unterschiedlichen Hirnrindenareale verwirklicht werden könne.⁹

⁸ Singer (Fn. 7, 2005), 137–141, insb. 140.

⁹ Singer, 142–145, insb. 144; ferner 147.

3. Die soziale Konstitution des Ich

Die neurobiologische Metarepräsentation wäre in der Alltagssprache das «Ich», das – so die landläufige Vorstellung – ein Konvergenzzentrum oder eine Kommandozentrale repräsentiere. Das Gehirn funktioniere jedoch anders:

«Hochentwickelte Wirbeltiergehirne stellen sich vielmehr als hochvernetzte, distributiv organisierte Systeme dar, in denen eine riesige Anzahl von Operationen gleichzeitig ablaufen. Diese parallelen Prozesse organisieren sich, ohne eines singulären Konvergenzzentrums zu bedürfen, und führen in ihrer Gesamtheit zu kohärenten Wahrnehmungen und koordiniertem Verhalten. Dies wirft die schwierige Frage auf, wie sich die vielen, in den verschiedenen Hirnrindenarealen gleichzeitig ablaufenden Verarbeitungsprozesse so koordinieren, dass kohärente Interpretationen der vielfältigen Sinnessignale möglich werden [...]. Und schliesslich stellt sich die Frage, wie sich ein so dezentral organisiertes System seiner selbst bewusst werden kann.»¹⁰

Das neuronale Korrelat eines Wahrnehmungsinhalts oder einer Entscheidung wäre dann «ein komplexes raum-zeitliches Muster synchron aktiver Nervenzellen, das sich über hinreichend lange Zeit stabilisiert, um verhaltensrelevant zu sein oder sogar bewusst zu werden»¹¹.

Auch wenn, wie Singer ausdrücklich einräumt, offene Fragen «uns gegenwärtig noch an die Grenzen unseres Vorstellungsvermögens» führten,¹² so spreche doch vieles dafür, dass unsere Selbstkonstitution als selbst bestimmte und frei entscheidende Wesen nur darauf beruhe, dass bloss ein Teil der neuronalen Erregungsmuster uns jeweils «bewusst» werde. Es scheine, als könnten Erregungsmuster erst bewusst werden, wenn sie ein gewisses Mass an Konsistenz infolge Verarbeitung erreicht hätten, was durch die Zuwendung von Aufmerksamkeit erfolge. Denn das Gehirn sende viele Signale, aber nicht alle gelangten in den Fokus des Bewusstseins. Singer führt das Beispiel der Information über den Blutdruck oder den Zuckerspiegel an, Informationen, die vom Gehirn zwar sorgfältig wahrgenommen und reguliert würden, die uns aber dennoch nie zu Bewusstsein kämen. Als grundlegende Voraussetzung für die Selbstkonstitution betrachtet er daher die «soziale Interaktion», in der wir uns in den kognitiven Funktionen der anderen spiegeln könnten, wodurch die selektive Aufmerksamkeit einem zukomme. Diese iterativen Spiegelungsprozesse würden dann die Selbsterfahrung, autonome Agenten zu sein, weiter bestärken.¹³

¹⁰ Singer, 145.

¹¹ Singer, 145.

¹² Singer, 146.

¹³ Singer, 147f.

4. Freie und unfreie Entscheidungen – eine verfehlte Alternative

Diese Selbsterfahrung vermitteln dann den Eindruck, autonomer Agent zu sein. Dennoch würden wir immer wieder zwischen freien und unfreien Entscheidungen bzw. Handlungen unterscheiden. Für die einen forderten wir Nachsicht, für die anderen übernahmen wir aber die Verantwortung. Neurobiologisch sei diese Unterscheidung unhaltbar. Denn in beiden Fällen würden die Entscheidungen und Handlungen durch neuronale Prozesse vorbereitet mit dem einzigen Unterschied, dass in einem Fall der Scheinwerfer der Aufmerksamkeit auf die Motive gerichtet sei, was diese dadurch ins Bewusstsein hebe und im anderen Fall eben nicht. Im Fall bewusster Entscheidung seien die Variablen abstrakter Natur und vermutlich nach komplexen Regeln miteinander vernetzt, im Gegensatz zu unbewussten Entscheidungen.

Den Grund für diese Differenzierung sieht Singer im Umstand, dass die Bewusstseinsprozesse sprachlich erfasst, symbolisch codiert und syntaktisch verknüpft werden können. Doch insofern die Kapazität des Bewusstseins begrenzt sei, könne dieses immer nur eine beschränkte und kleinere Zahl von bestimmenden Variablen überblicken und diese gegeneinander setzen, als die Zahl aller Variablen betrage, die im Unterbewusstsein miteinander verrechnet werden könnten. Entscheidungen seien daher stets das Ergebnis von Abwägungen, an denen eine Vielzahl unbewusster und bewusster Motive gleichzeitig mitwirke. Für den Entscheidungsprozess gelte, dass es sowohl genetisch vermitteltes als auch früh erlerntes Wissen gebe, wobei beides den Charakter konstituiere, ersteres insofern wir uns an dessen Erwerb nicht erinnern könnten, letzteres insofern hier der Aufbau des deklarativen Gedächtnisses erst spät ausreife. Beide Wissensarten hätten den Charakter nicht hinterfragter Vorgaben in Form von Denkmustern, Verhaltensregeln, Wertesystemen und Überzeugungen. Damit der frühkindlichen Erziehung auch das Gefühl oder Selbstbild des autonomen und verantwortlichen Handlungs-«Ichs» vermittelt werde, gelte dies ebenfalls als absolut. Dass es neuronale Prozesse gebe, die bewusst wie unbewusst abliefen, demonstriert Singer anhand des Phänomens, dass ein dem Gedächtnis entschwundener Name während einer anderen Aktivität – also der Zuwendung zu einem anderen Gegenstand – plötzlich wieder auftauche, weil das Hirn die Speicher zwischenzeitlich unbewusst durchsucht habe.¹⁴

¹⁴ Singer, 148–153, insbes. 153.

5. Bewusste und unbewusste Entscheidungen – eine richtige Unterscheidung

Singer unterscheidet daher nicht zwischen freien und unfreien, sondern folgerichtig zwischen bewussten und unbewussten Entscheidungen bzw. Handlungen: Erstere beruhen auf Erinnerungen und Wahrnehmungen, die im deklarativen Gedächtnis gespeichert seien; dabei handele es sich um relativ spät Erlerntes wie Kulturwissen, ethische Satzungen, Rechtsgesetze, Diskursregeln, vereinbarte Verhaltensnormen. Was hingegen über die Phase des frühkindlichen Lernprozesses oder die genetische Vermittlung ins Gehirn gelangt sei, stehe für die Entscheidungen nicht bewusst (also abrufbar) zur Verfügung, wirke aber dennoch in Entscheidungen verhaltenssteuernd mit. Dies erkläre die Konfliktsituation, in die man gerate, wenn man nicht verstehe, weshalb man etwas getan habe, obwohl man wusste, dass man es nicht hätte tun dürfen, und es zeige, dass keineswegs die bewussten Motive entscheidend steuerten. Die Situation verlange jedoch hernach eine Begründung, weshalb «Ich» dies trotzdem getan habe. Denn das Gehirn scheine darauf angelegt zu sein, «Kongruenz zwischen den im Bewusstsein vorhandenen Argumenten und den aktuellen Handlungen bzw. Entscheidungen herzustellen».¹⁵ Obwohl also Entscheidungen wie Handlungen über neuronale Prozesse determiniert seien, gleichviel ob sie bewusst oder unbewusst erfolgten, würden wir im Fall der bewussten Abwägungsvorgänge annehmen, diese erfolgten aus der Freiheit des Willens.¹⁶

Nun stelle sich hier freilich auch die Frage, weshalb die Evolution denn überhaupt Gehirne herausgebildet habe, die über zwei Entscheidungsebenen verfügten. Singer hält dafür:

«Eine nahe liegende Vermutung ist, dass bewusstes Verhandeln von Variablen Vorteile gegenüber den unbewussten Entscheidungsprozessen bietet. Ein offensichtlicher Gewinn könnte die Mitteilbarkeit der Gründe sein. Auch wenn die benennbaren Motive nur Fragmente darstellen, erlaubt ihre Kommunizierbarkeit eine wesentlich differenziertere Bewertung von Verhaltensdispositionen als dies durch die Beobachtung von Verhalten allein möglich wäre. Diese Mitteilbarkeit hat vermutlich entscheidend zur Entwicklung und Stabilisierung sozialer Systeme beigetragen, weil sie die Option eröffnet, die Äußerungen über getroffene Entscheidungen zu bewerten, Entscheidungen als intentionalen Akt zu interpretieren, Verantwortung für Entscheidungen zuzuschreiben und Sanktionen für unerwünschte Entscheidungen vorzusehen.»¹⁷

¹⁵ Singer, 157.

¹⁶ Singer, 156ff.

¹⁷ Singer, 157f.

Daraus entspringe noch ein weiterer Vorteil, dass diese Entscheidungen diskutiert werden könnten. Diese Sicht zeitige – so Singer – auch positive Konsequenzen für die Beurteilung von Fehlverhalten und könnte zu einer humaneren, weniger diskriminierenden Beurteilung von Mitmenschen führen, die «das Pech gehabt hatten, mit einem Organ volljährig geworden zu sein, dessen funktionelle Architektur ihnen kein angepasstes Verhalten erlaubt».¹⁸ Allerdings würde eine differenzierte Sicht auf diese Entscheidungsvorgänge, zu der neurobiologische Erkenntnisse zwängen, wenig an der bisherigen Strafrechtspraxis ändern können. Denn die Gesellschaft dürfe nicht davon ablassen, Verhalten zu bewerten und zu sanktionieren bzw. auch zu erziehen.

«Nur die Argumentationslinie wäre eine andere. Sie trüge den hirnphysiologischen Erkenntnissen Rechnung, ersetze die konflikträchtige Zuschreibung graduierter «Freiheit» und Verantwortlichkeit durch bewusste und unbewusste Prozesse und eröffnete damit einen vorurteilsloseren Raum zur Beurteilung und Bewertung von «normalem» und «abweichendem» Verhalten. Die schwer nachvollziehbare Dichotomie einer Person in freie und unfreie Komponenten wäre damit überwunden.»¹⁹

Dies heisst, dass die Hirnforschung in erster Linie eine wissenschaftsimmanente Auswirkung erzeugte und in der gesellschaftlichen Praxis, im Alltag der Menschen, eine bestenfalls psychologische, kaum jedoch forensische Bedeutung entfalten würde. Es ginge, wie Singer sagt, um nichts anderes als um eine andere wissenschaftliche Argumentationslinie.

B. Kommentar

1. Sprachliche Textlogik

So sympathisch oder menschlich einem die Schlussfolgerung Singers berührt und einem der Hinweis auf das Erklärungsdefizit in der Konstruktion des Begriffs der frei handelnden Person einleuchtet, so problematisch ist die Erklärungskonstruktion insgesamt in methodologischer Hinsicht. Sie wäre einer exakten Analyse wert. Ich kann hier nur auf einige grundlegende Probleme der Argumentationslogik hinweisen.

Es lohnte sich nur schon Singers Argumentation sprachanalytisch genauer anzuschauen, indem die Textlogik unter dem Gesichtspunkt der geäusserten Konjunk-

¹⁸ Singer, 159.

¹⁹ Singer, 159.

tive,²⁰ der ausdrücklichen Vermutungen und der angezeigten Wahrscheinlichkeiten hin befragt würde. Auch wären die Textaussagen hinsichtlich der öfters verallgemeinernden Schlüsse, die meist nur an Beispiele anknüpfen, aber auch die offensichtlichen Gedankensprünge bzw. Umlenkungsmanöver in elegantem Jargon zu untersuchen. Die gesamte Konstruktion der immanenten Aussagelogik des Texts, die mit dem Anspruch der richtigen Sicht sowie mit dem nicht geringeren Anspruch auf das Recht zur Veränderung von Menschenbild, Gesellschaft und Wissenschaft auftritt, müsste unter diesen Gesichtspunkten als methodologisch fragil eingestuft werden. Meines Erachtens würden die Argumentation und damit die gesamte gedankliche Konstruktion in sich zusammenbrechen.

Von daher sind die materiellen Aspekte der Argumentation zwar zweitrangig, jedoch deswegen nicht als weniger problematisch anzusehen. Denn wir können nie genau feststellen, ob sie tatsächlich wissenschaftlich sicheres Wissen oder bloss eine Varietät naturalistischer Weltanschauung darstellen. Ich will dies mit Blick auf die wissenschaftstheoretische Erörterung, die Singer seinem Beitrag vorausstellt, deutlich machen.

2. Die wissenschaftstheoretische Erörterung oder der Weg zurück zur Metaphysik

Ich stelle ein Zitat von Singer in den Raum, das einige Überraschungen enthält. Zunächst verrät die Sprache den Gebrauch unreflektierter Metaphorik, die kaum geeignet sein dürfte, neurobiologische Sachverhalte adäquat darzustellen, abgesehen davon, dass die sprachlichen Implikationen der metaphorischen Funktionsumschreibung von «kognitiven Funktionen» mit «Mechanismen» unnötige ideen- bzw. wissenschaftsgeschichtliche Altlasten mitschleppen, was leicht falsche Vorstellungen erzeugt. Überdies entlarvt dieses Zitat eine Metaphysik des Autors hinter der Vorgabe objektiver Wissenschaft:

«Unsere kognitiven Funktionen beruhen auf neuronalen Mechanismen, und diese sind ein Produkt der Evolution. Nun deutet wenig darauf hin, dass die evolutionären Prozesse daraufhin ausgelegt sind, kognitive Systeme hervorzubringen, welche die Wirklichkeit so vollständig und objektiv wie nur irgend möglich zu erfassen oder – falls die Welt eine entsprechende Schichtenstruktur aufweisen sollte – gar die Tiefenstrukturen hinter den Phänomenen zu erkennen vermögen.»²¹

²⁰ Singer, 146f., 151, 157, 159.

²¹ Singer, 135.

Wir nehmen also zur Kenntnis: Kognitive Funktionen sind das Produkt der Evolution. Doch was Evolution ist, wird (im gesamten Text) nicht erklärt, sondern vorausgesetzt: Man darf annehmen, sie sei das A und O dieser Weltvorstellung. Doch hier verfängt das von Singer eingangs seiner wissenschaftstheoretischen Einführung erwähnte Problem der epistemischen Zirkularität, wonach im Fall der Hirnforschung *explanans* und *explanandum* in eins fielen, insofern, als das Evolutionsprodukt Hirn kaum in der Lage sein wird, über das Ganze der Evolution selbst auszusagen. Doch dies muss nicht beunruhigen, steht doch deren Antwort nach Meinung von Singer in der alleinigen Kompetenz des Neurobiologen; man kann folglich diese Zirkularität als Form der Selbstevidenz des naturalistischen Reduktionismus lesen. Von daher kann auch der Erzählduktus nicht mehr erstauen, dass die Hermeneutik offensichtlich qua Selbstevidenz auch zum Wissenschaftsimperium der Gehirnforschung zu rechnen ist, wenn Singer schreibt: «Nun deutet wenig darauf hin, dass die evolutionären Prozesse daraufhin ausgelegt sind». Doch gerade dieser Satz regt auch zum Zweifeln an: Evolutionäre Prozesse waren doch noch nie auf etwas hin ausgelegt. Sie passieren einfach. Das Wort «auslegen» verrät eine vorwissenschaftliche Teleologie und führt seinerseits zur offensichtlichen Fehlinterpretation der biologischen Evolution. Evolution hat nie ein Ziel, dies scheint nur so, weil über lange Zeit erstaunliche Gebilde entstehen, die für uns wie ein Produkt eines teleologischen Prozesses aussehen, damit wir sie verstehen können. Freilich weiss und meint dies Singer auch, aber seine Sprache führt in diese Zirkularität von Unfug. Und noch ein anderer Gedanke zur Evolution: Schliesslich ist es auch eine Tatsache, dass die menschliche Kognition weit genug gediehen ist, um auch die notwendige Disziplin für die Schaffung von Wissen aufzubringen. Diese aber ist ein kulturelles und kein evolutionistisches Produkt, wogegen sich insbesondere ein religiöser Fundamentalismus derzeit stemmt. Die Tatsache, dass wir evolutionär ebenfalls nicht mit gewissen Kapazitäten ausgerüstet sind, heisst wiederum ja auch nicht, dass wir diese Kapazitäten nicht irgendwie anderweitig gewinnen können. Unsere Augen sehen nur Licht und sind für Mikrowellen, Infrarot, Ultraviolett, Röntgen- und Gammastrahlen blind. Ebenso sind wir unfähig, eine Maus aus 300 Metern Distanz zu sehen, obwohl ein Habicht damit kein Problem hat. Mit ein bisschen Technik haben wir unterdessen alle diese unsere «evolutionären Mängel» behoben und weitaus mehr als wettgemacht: Wir können jetzt einzelne Atome und zwölf Milliarden Jahre alte Galaxien regelrecht «sehen». Doch gerade deshalb ist die Gewichtung der Evolution, wie sie Singer seiner Argumentation unterlegt, nicht so bedeutungsvoll; durch unsere kulturell-technologischen – nicht evolutionistischen – Innovationen haben wir dem Argument der Evolution selbst seine strategische Bedeutung genommen.

Wirklich beunruhigend wird es allerdings dort, wo Singer die Wissenschaft selbst durch seinen undisziplinierten Sprachstil in Frage stellt. Dies ist wissenschaftlich unhaltbar. Singer spricht von Verweisungen auf «Schichtenstrukturen der Welt» und von «Tiefenstrukturen hinter den Phänomenen», deren Bedeutung durch ein «gar» noch herausgestrichen wird. Im Klartext heisst dies ja nur: Es gibt doch zwei Welten, auch wenn Singer sie im Kontext mit der Definition des Menschenbildes als unwissenschaftlich in Abrede gestellt hat. Offensichtlich ist der Autor am Ende seiner Wissenschaft und nimmt Zuflucht zu einer metaphorisch leeren Sprachwelt. Hier verkehrt sich der pseudo-wissenschaftliche Naturalismus in eine Alltagsmetaphysik des Autors, der seine Wissenschaft in objektivierender Sprache zur subjektiven Weltumdeutung überdehnt.

Wir sind mit einigen Gedankensprüngen und unter Inkaufnahme eines schlingernden Redeverlaufs damit jedoch zum eigentlichen Aussageziel des Autors gelangt, dass nämlich die einzelnen Untersuchungen der Hirnforschung doch einen Gesamtsinn ergeben müssten, der, wie wir soeben feststellten, evolutionär aber gerade nicht vorliegen kann. Die analytische Naturwissenschaft mausert sich nun zum naturalistischen Glaubensbekenntnis. Und diesbezüglich bekennt bereits Singers nächster Satz Klartext: «Im Wettbewerb um Überleben und Reproduktion [...]». Der naturalistische Standpunkt ist im weiteren Textverlauf nun ebenso omnipräsent wie das leidige Spiel mit einer Metaphysik als rettendem Exit in der vagen Argumentation:

«Je mehr uns die Neurobiologie über die materielle Bedingtheit unserer kognitiven Leistungen aufklärt, umso deutlicher wird, dass wir uns vermutlich vieles nicht vorstellen können und dass wir die Grenzen nicht kennen, jenseits derer unsere Kognition versagt.»²²

Wie schon beim Problem der Bindung betont Singer auch hier die Grenzen jenseits unserer Kognition. Ich frage zurück: Wären – wenn dem schon so wäre, nicht andere Folgerungen zu ziehen, gerade diejenige der Respektierung von wissenschaftstheoretischen Erklärungsprinzipien, die einem Grenzen setzen statt einen verschleierte[n] Wissenschaftsimperialismus zu gebären? Diese Art der selbstpropagierenden Darstellung von Hirnforschung verkehrt sich nun zur instrumentalisierenden Weltanschauung einer (alten) Metaphysik, die der Autor kraft seiner Autorität als Hirnforscher seiner Umwelt aufoktroyiert. Der Sache selbst dient sie aber nicht.

²² Singer, 136.

III. Kritische Intervention zur Logik der Forschung

Das konsequente Hinterfragen halte ich angesichts des vorerwähnten Beispiels von Singer für ein sinnvolles methodologisches Vorgehen, um die wissenschaftstheoretische Konsistenz einer Argumentation bzw. Beweisprüfung im Sinne der «Logik der Forschung» zu prüfen.²³ Kritische Interventionen zu den Äusserungen der Hirnforschung wurden in den letzten zwei Jahren häufiger und, wenn ich dies richtig beobachte und beurteile, haben sie insgesamt und insbesondere auf Probleme in der methodologisch zu wenig stichhaltigen Vernetzung der Argumente aufmerksam gemacht. Dadurch wurden bereits einige der grundlegenden Erklärungsansätze der Hirnforschung wissenschaftstheoretisch in Frage gestellt und die allzu plakativen Selbstinszenierungen gewisser Hirnforscher zurückgefahren. So findet sich mitten im medialen Rummel ein im Juni 2004 publiziertes «Manifest der elf führenden Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung».²⁴ Es warnt in klarer und unverschleieter Sprache vor Naturalismus und Reduktionismus. Darin findet sich auch ein bemerkenswerter Beitrag von Wolfgang Prinz, der feststellt, dass die Hirnphysiologie alleine nicht alle Phänomene unseres Lebens erkläre und insbesondere das Problem der menschlichen Subjektivität einer eigenen Theorie bedürfe, weil Wissen nicht auch Verstehen bedeute. Doch dieses Manifest widerspiegelt nicht die Diskussion im Allgemeinen.

Eine der aufregendsten Interventionen stellte der vehemente Einspruch von Jürgen Habermas im November 2004 dar, der – gestützt auf Argumente, die schon von Peter Bieri und Lutz Wingert vorgetragen wurden –, eine Kritik zu zentralen methodologischen Problemen formulierte, welche die Hirnforschung und Kognitionspsychologie nicht umgehen konnten.²⁵ In einer Pilotstudie von Markus

²³ Karl Raimund Popper, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft* (Untertitel der Erstausgabe von 1935), *Gesammelte Werke*, hrsg. v. Herbert Keuth, Bd. 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 11. A. 2005.

²⁴ Hannah Monyer et al. (Hg.), «Das Manifest: Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung», *Gehirn & Geist: Das Magazin für Psychologie und Hirnforschung*, 2004, 6, 30–37. Eine Antwort von Seiten der Psychologie erfolgte im Heft 7/8 des Jahres 2005.

²⁵ Jürgen Habermas, *Freiheit und Determinismus*, in: *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, hrsg. v. Jürgen Habermas, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2005, 155–186. Habermas bezieht sich auf Singers in Fn. 7 zuvor erwähnten Beitrag «Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), 8, 235–256 (vgl. Habermas, 166 Fn. 20, 168, 179–184). Eine gekürzte Publikation von Habermas' Beitrag war bereits in der Wochenendausgabe der *Neuen Zürcher Zeitung* vom 11./12. Dezember 2004 zu lesen.

Christen zum Forschungsprojekt «Grundlagen moralischer Orientierung» des Ethik-Zentrums der Universität Zürich, die im November 2005 veröffentlicht wurde, werden insbesondere eine Anzahl wissenschaftstheoretischer Fragen reflektiert, welche Beiträge die Neurowissenschaft und Verhaltensforschung zum Verständnis moralischer Orientierung bieten können.²⁶ Eine eingehende und vertiefte Analyse bieten die Beiträge des von Ulrich Kroh und Georg Toepfer 2005 herausgegeben Sammelbandes «Philosophie der Biologie», die explizit das methodische Spektrum prüfen.²⁷

IV. Grundsätzliche Einwände und konkrete Fragen

Die generelle Kritik an der wissenschaftstheoretischen Fundierung der Hirnforschung und die spezielle Kritik an der singerschen Argumentationslinie weisen uns darauf hin, dass wir die Diskussion über den praktischen Nutzen der Hirnforschung mit Bedacht anzugehen haben und uns die Dinge aus bewusst kritischer Distanz zur Wissenschaftsgläubigkeit insgesamt auch gründlicher überlegen müssen. Unsere Überlegungen führen daher zur Formulierung umfassender und grundsätzlicher Einwände sowie konkreter Fragen, die sich keineswegs an die Hirnforschung alleine, sondern ebenso an die Geistes- und Gesellschaftswissenschaften richten.

Ein zentraler kritischer Punkt ist die Verengung der gesamten Diskussion auf den Entscheidungs- und Handlungsbegriff von Gesetzesbrechern. Insofern war die gesamte Debatte bislang allzu sehr aufs Strafrecht fokussiert. Dies ist leider auch bei unserer kurzfristig anberaumten Veranstaltung nicht anders. Doch diese Perspektive muss unbedingt erweitert werden. Man kann das Freiheits- oder Verantwortlichkeitsproblem nur aus einem erweiterten Kontext heraus überhaupt verstehen. Im Wirtschafts- und Privatrecht stehen die Begriffe der Handlungsfreiheit und Verantwortung genauso im Zentrum, nur sind dort die Entscheidungs- und Handlungsabläufe differenzierter und nicht auf eine simple kausale Logik von Untat und Zurechnung der Unrechtsfolge reduziert. Gewiss entspricht die triviale Anordnung der Experimente, wie sie von Benjamin Libet, William

²⁶ Markus Christen, *Abklärung des möglichen Beitrags der Neurowissenschaft und der Verhaltensforschung zum Verständnis moralischer Orientierung*, Pilotstudie im Rahmen des Forschungsprojekts «Grundlagen moralischer Orientierung» des Ethik-Zentrums der Universität Zürich, Zürich/Biel, November 2005, Bulletin, 99 Seiten mit Anhang.

²⁷ Ulrich Krohs/Georg Toepfer (Hg.), *Philosophie der Biologie. Eine Einführung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2005.

Grey Walter, Patrick Haggard und Francisco Varela durchgeführt wurden, dem einfachen allgemeinverständlichen Denken. Doch diese Beobachtungsgrundlage muss problematisiert werden.²⁸ Es erscheint doch mehr als fraglich, dass die Probanden jeweils in künstlich angelegten Situationen beobachtet und mittels visueller Reize getäuscht wurden; dies sind nicht Situationen, die mit natürlichen Handlungsweisen vergleichbar sind. Das Individualschuldstrafrecht freilich lädt gerade dazu ein, sich mit der Willensbildung und der Triebsteuerung eines Täters, dem die Rolle des verhandelbaren Objekts seit je zugekommen ist, auseinanderzusetzen. Vergessen wird dabei, dass die Diskussion zur Problematik von Handlungs- und Willensfreiheit bereits im 17. Jahrhundert geführt und im 19. Jahrhundert fortgesetzt wurde,²⁹ also zu einem Zeitpunkt, als es die heutige Hirnforschung noch nicht gab. Insofern ist die Debatte um den Straftäter argumentativ längst abgegriffen. Singers erklärte Absicht, das Strafrecht wissenschaftlich zu humanisieren, trägt etwas vom Aufklärungsethos, der jedoch am Zugeständnis, es ändere sich dadurch in der Praxis nichts, gleich wieder verpufft.³⁰ Sein Aufklärungsziel mag mit Bezug auf einen Täter, der aus Affekt handelt, auch einleuchten, aber wie verhält es sich bei einem Kriegsverbrecher oder Grossbetrüger? Wie lassen sich fortgesetzt planmässiges Verhalten bzw. Handeln über längere Zeit und trotz intensiver Interventionen seitens Dritter mit dem trivial kausalmechanischen Begriff von Determination überhaupt noch erklären?

Schliesslich stellen sich auch einige grundsätzliche Fragen:

1. Können Hirnforscher und Kognitionspsychologen Aussagen dazu machen, was im Hirn eines Richters, Pfändungsbeamten oder Gefängniswärters mit Bezug auf seine Handlungen vor sich geht? Oder anders gefragt: Steuert das Hirn deren Entscheidungen bzw. Handlungen durch unbewusste neurobiologische Konditionierungen? Und wenn ja, wie oder wodurch werden Anweisungen des Gesetzes und der Gerichtsurteile mit der Determination abgestimmt?
2. Wie stellt sich die Hirnforschung die Entscheidungs- bzw. Handlungsde-terminierung in der Managementpraxis einer Grossbank vor, oder anders gefragt: Welche unbewussten Steuerungen aus dem genetisch bedingten oder frühkindlich erworbenen absoluten Wissen, das im Hirn verankert ist,

²⁸ Vgl. dazu: Bärbel Hüsing/Lutz Jäncke/Brigitte Tag, *Impact Assessment of Neuroimaging. Final Report*. Zürich/Singen: Hochschulverlag ETHZ, 2006.

²⁹ Vgl. Fn. 6 zuvor.

³⁰ Singer (Fn. 7, 2005), 158f.

lassen sich als wirksame Faktoren angesichts hochkomplexer Entscheidungssituationen aus der Sicht der Neurobiologie bezeichnen?

3. Auch im Handels- und Gesellschaftsrecht sind Freiheit und Verantwortung massgebliche Kategorien. Angesichts immer drastischerer Verantwortlichkeitsklagen aus dem Aktienrecht nimmt die rechtliche Haftungsbeschränkung einen zunehmend wichtigeren Stellenwert ein. Doch noch nie wäre es einem der Autoren oder Beklagten in den Sinn gekommen, sich auf ein hirnphysiologisches Argument abzustützen,³¹ um die Beschränkung seiner Haftung zu begründen. Das gesamte Rechts- und Wirtschaftssystem würde sonst kollabieren. Es besteht weder ein überzeugender Grund noch ein Bedürfnis, die Rede von der Determination des Handelns und der Freiheit als einer bloss sozialen Konstruktion gelten zu lassen.
4. Was glauben die Hirnforscher und Kognitionspsychologen zu wissen, welche neurobiologische Entscheidungs-determination bei Abschluss eines Miet- oder Arbeitsvertrags wirksam sind?
5. Sind die Messungen der Hirnströme zuverlässig? Diese Frage ist keineswegs trivial. Es geht hier nicht bloss um Probleme der Messung, auf deren Schwierigkeiten und Fraglichkeit die vorerwähnte Studie von Markus Christen detailliert eingeht,³² sondern um ein Kernproblem. Denn wenn es kein «Selbst», kein «Ich» laut Hirnforschung geben soll, sondern nur verschiedene Zentren vorhanden sind, die in Sekundenbruchteilen unorganisiert miteinander kommunizieren, dann ist nicht einzusehen, weshalb in diesen Experimenten nur die monokausale Impulsgebung auf einen äusseren Reiz massgeblich sein sollte. Gerade die Befragung der Exploranden macht ja deutlich, dass diese sich ihre Handlungen auch selber zurechnen, das heisst, dass sie sich der Handlungen bewusst sind und diese als die ihren ansehen. Die Schlussfolgerung, der Proband lüge oder fingiere, drückt dagegen ein Werturteil aus, welches das Verhältnis Forscher-Proband nach dem Schema Aktiv-Passiv charakterisiert, wofür wir eine Reihe von Diskursbeispielen aus dem Bereich der wissenschaftlichen Diskriminierung des 19. Jahrhunderts kennen. Medizinische Forscher haben die Menschen im-

³¹ Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2005; Hans-Caspar von der Crone, «Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 78 (2006) 1, 2–19.

³² Christen (Fn. 26), 21–31.

mer wieder zu naturalistischen Objekten ihres Willens gemacht, wie z.B. Lukas Gschwend dargelegt hat.³³

6. Ist denn mit Sicherheit auszuschliessen, dass nicht noch andere Prozesse gleich- oder vorzeitig ablaufen können, die vom Forscher nicht erfasst sind? Ich möchte hier an die neurologischen Untersuchungen zum Thema Angst von Patrik Vuilleumier von der Universität Genf hinweisen, der von einer zweigleisigen Wahrnehmung spricht, was mit der dezentralisierten Wahrnehmung ja auch wiederum vereinbar wäre. Seine Probanden wussten schon von der Gefahr, bevor sie diese wahrnahmen, weil zwei unabhängige Hirnzentren zu unterschiedlichen Zeiten funktionieren können.³⁴
7. Es ist unbestritten, dass die Verortung von Hirnfunktionen in einem Schädel möglich ist, aber daraus lässt sich nichts weiter ableiten. Wir anerkennen wohl alle freimütig, dass das Hirn als neurophysiologische Anlage der Hort des Entscheides ist. Doch ist das Hirn auch der Mensch selbst? Wohl alle kennen Mitmenschen, denen durch Unfall, Schlaganfall oder Alterung Teilfunktionen des Hirns verloren gingen und die im Verhältnis zu den «Normalen» – etwa den Hirnforschern – nur noch vermindert zurechnungsfähig und dennoch Mensch geblieben sind.
8. Verfügen Neurobiologie und Kognitionspsychologie überhaupt über eine wissenschaftliche Sprache? Es ist zumindest auffällig, wie der Sprachgebrauch zwischen den philosophischen Kategorien des frühen 19. Jahrhunderts, durch handlungs- und systemtheoretischen Jargon und durch naturwissenschaftliche Begriffe geschönt, schlingert.
9. Was ist eigentlich Gegenstand der Hirnforschung: Das Hirn, die Zellen, die Neuronen, die Menschen, die Ratten, die Individuen, die Akteure, das Selbst, die Subjekte, die Willensfreiheit?
10. Ist das Individuum als reale oder abstrakte Kategorie zu begreifen? Gibt es «das Allgehirn» oder ein neurobiologisch normiertes Individuum? Diese Frage ist für den Rechtsbereich zentral.

³³ Lukas Gschwend, Verantwortung und Strafrecht, in: *Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, hrsg. v. Heinrich Schmidinger/Clemens Sedmak, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005, 289–306, insb. 298ff. Ferner auch mit eindrücklichen Beispielen aus der Praxis der Psychiatrie: Bertold Müller (Fn. 6), 372–396. Bereits der Veterinärmediziner und Dramatiker Georg Büchner hat diesen Arzttypus im «Woyzeck» im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts karikiert.

³⁴ *Sonntagszeitung*, 18. Mai 2003, 81.

11. Gibt es nur eine reale Ordnung des Lebendigen (z.B. einen ontologischen Monismus der Neurobiologie) oder gibt es vielmehr mehrere realen Ordnungen, neben der neurobiologischen, etwa auch eine genealogische oder ökologische im Sinne eines ontologischen Pluralismus und wie verhalten sich diese zueinander? Wenn es mehrere reale Ordnungen des Lebendigen gibt, soll sich jede sprachlich autonom artikulieren, oder soll aus praktischen Gründen die richtige Kommunikation durch eine normierte Sprachebene sichergestellt werden?
12. Wie ist das Verhältnis von Feststellungen der empirischen Untersuchungsebene und ihrer Verallgemeinerbarkeit im kritischen Sinne geregelt? Wie sind Generalisierung und Gesetzesmässigkeit definiert?

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend halte ich fest, dass die Schwäche vieler Schrifterzeugnisse der Hirnforschung zur Thematik der «Entscheidungsfreiheit» darin besteht, dass diese sich selbst immer wieder durch trivialwissenschaftliche Gesamterklärungsversuche selber deplatzen, was nicht zuletzt daher rührt, dass fallbezogene Differenzierungen mit «Korsett Begriffen» einer eng geführten Kausalität vermengt werden.³⁵ Die mangelnde Konsequenz wissenschaftlicher Argumentation wird auch öfters durch den Einsatz von Metaphorik wettzumachen versucht. Es fehlt folglich nicht nur an differenzierter Begründung, sondern auch an klarer Begrifflichkeit. Nur zu oft werden verallgemeinernde Schlussfolgerungen aus partiellen Erkenntnissen empirischer Befunde gezogen, als ob – um die Sprache dieses Forschungszweiges zu nutzen – die Aufmerksamkeit erst auf sich zu lenken wäre, damit sich eine öffentliche Bewusstseinsform dazu bilden kann.³⁶ Martin Hochhuth hat zu Recht von der «neurobiologischen Pressedebatte» gesprochen.³⁷ So kann der schlingernde Argumentationsverlauf zwischen Wissenschaft und Weltbild nicht wundern.

Auch die Hirnforschung ist – um ein von ihr selbst viel verwendetes Schlagwort aufzunehmen – nur eine andere Art der «sozialen Konstruktion». Sie konstruiert

³⁵ Vgl. den intelligenten Beitrag von Gottfried Schatz, «Jenseits der Gene. Wie uns der Informationsreichtum der Erbsubstanz Freiheit schenkt», *Neue Zürcher Zeitung*, 22. Juni 2006, 57.

³⁶ Singer (Fn. 7, 2005), 147, 150.

³⁷ Martin Hochhuth, «Die Bedeutung der neuen Willensfreiheitsdebatte für das Recht», *Juristen Zeitung* 2005, 745–753, insb. 753 Sp. 1.

ein Bild vom quantitativ grösseren Gehirn im Vergleich zu demjenigen der Ratte, wenn sie vom Menschen spricht,³⁸ respektive sie betreibt die bewusste Dekonstruktion des Menschenbildes unter dem Vorwand einer Beweislage, die sie selbst verwaltet. Auch scheint mir die Vokabel vom «neuen Menschenbild» deplatziert, denn der damit betriebenen Entpersonalisierung des Menschen wäre vielmehr die Rede vom «kollektiven Gehirnmenschen» angemessen.

Daher sehe ich das Hauptziel unserer Tagung, an der mehrere gleichwertige und gleichberechtigte Forschungsdisziplinen miteinander verhandeln, nicht im belehrenden Informationsaustausch, was die Wirklichkeit wirklich sei und wie sie funktioniere, zu liegen, sondern unser Ziel muss für diese Stunden vielmehr lauten, die Chance zu nutzen, dass wir – ich meine die Geistes- wie die Naturwissenschaftler – uns der wissenschaftstheoretischen Grundlagenprobleme bewusster werden. Denn nur wir, niemand sonst, produzieren, was wir wissenschaftlich als unumstössliche Wahrheit, Wirklichkeit oder Naturgesetzlichkeit vorgeben und zugleich vor kritischen Einwendungen schützen. Wir haben uns daher immer wieder auf die Reflexion der methodologischen Kernprobleme bzw. auf die Fragwürdigkeit unserer Diskurse zu konzentrieren und uns der Problemkonstellationen von überfordernden komplexen Entscheidungssituationen zu erinnern, wenn wir von den simplen mechanischen Erklärungsmustern zu reden beginnen.

Soviel scheint mir aber gewiss: Eine Wissenschaft alleine vermag die Komplexität der gesamten Wirklichkeit nicht zu erklären. Daher müssen wir heute aufeinander zugehen, und dies heisst auch, die Probleme, die auf dem Wege liegen, zuerst erkennen, bevor wir schon an Umsetzungen, Transfers und Nutzenanwendungen denken können.

³⁸ Singer (Fn. 7, 2005), 142.

War Thomasius Spinozist? – Zur Spinozismus-Rezeption an den brandenburg-preußischen Universitäten*

Inhaltsübersicht

I. Zur Fragstellung	195
II. Die Spinoza-Rezeption in Brandenburg-Preußen	199
III. Thomasius und Spinoza	202
IV. Die Lehre Spinozas	206
V. Thomasius als Spinozist?	208
VI. Wandel der Ansichten des Thomasius	211
VII. Die neuere Forschung	212
VIII. Ergebnis	214

I. Zur Fragstellung¹

Thomasius hätte die Frage, ob er Spinozist sei, entschieden verneint und gewiß auf seinen ständigen Kampf gegen den Spinozismus und seine Anhänger verwie-

* **Dieser Beitrag wurde zusammen mit Susanne Raas verfasst.** Erstpublikation in: Christian Thomasius (1655–1728), Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung. Rechtswissenschaftliches Symposium zu seinem 350. Geburtstag an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, hrsg. v. Heiner Lück, Hildesheim/Zürich/New York: Georg Olms Verlag, 2006, S. 55–73.

¹ Die Zitation der Spinozawerke folgt weitgehend der Zitation in den STUDIA SPINOZANA. Es handelt sich um folgende Abkürzungen: TTP: Gawlick, Günter (Hg.): Spinoza, Baruch: Theologisch-politischer Traktat, 3. Aufl., Hamburg 1994. Ep.: Walther, Manfred (Hg.)/Gebhardt, Carl (Übers.): Brief zitiert nach: Spinoza: Briefwechsel, 3. Aufl., Hamburg 1986. TP: Bartuschat, Wolfgang (Hg., Übers.): Spinoza: Politischer Traktat, 6. Aufl., Hamburg 1994. E.: Baensch, Otto (Übers.): Spinoza: Die Ethik nach geometrischer Methode dargestellt, Neudr. der 2. Aufl., Hamburg 1994. Praef = Praefatio (Vorrede) Cap = Caput (Kapitel) P = Propositio (Lehrsatz) Def = Definitio (Definition) C = Corrolarium (Folgesatz) S = Scholium (Anmerkung) D = Demonstratio (Beweis).

sen.² Wieso dann diese Frage? Weil auch ein «Nein» vor seinem historischen Hintergrund erklärungsbedürftig sein kann.

Um 1700 bedeutete Spinozismus nicht irgendeine Häresie, die Thomasius 1697 für straffrei zu erklären versuchte, sondern Atheismus.³ Thomasius erkannte die Spinozisten ausdrücklich als Atheisten.⁴ Der Vorwurf des Atheismus kam der sozialen Ächtung eines Menschen als Untertan im christlichen Staat gleich. Unser Geschichtsbild thematisiert zwar die Epoche von Thomasius bis Kant unter dem Stichwort der Aufklärung, doch zu Beginn des 18. Jahrhunderts waren Aufklärung und Dissidenz die Ausnahmen. Es sollte nicht erstaunen, daß im Zeitalter der Hexen- und Häretikerverfolgung auch der Atheismus mit dem Tod bestraft wurde.⁵ Mit zunehmender Säkularisierung waren die Sanktionen meistens Ge-

² Thomasius, Christian: Von denen Mängeln der Aristotelischen Ethik [1688], in: ders.: Kleine Teutsche Schriften, Halle 1721 (Neudr. [= ChThAW 22] Hildesheim-Zürich-New York 1994), S. 95–115, hier S. 96f.; ders.: Quaestionum promiscuarum historico – philosophico – iuridicarum dodecas [ohne Datum], in: ders.: Dissertationum academicarum, Halle-Magdeburg 1773, Bd. 1, Nr. XXI, S. 808–863, hier § VII, S. 814 (Es wäre zu untersuchen, ob Thomasius den Substanzbegriff aus demselben Fehlverständnis wie Leibniz ablehnt); ders.: Vollständige Erläuterung der Kirchenrechts-Gelahrtheit um 1700 entstanden (1. Aufl. 1738), 2. Aufl. Frankfurt-Leipzig 1740 (Neudr. Aalen 1981), S. 59; ders.: Lectiones de Prudentia Legislatoria [1702], Ed. Stolle 1740, wiedergegeben in: Mohnhaupt, Heinz (Hg.): Prudentia Legislatoria. Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert (= Bibliothek des deutschen Staatsdenkens 11), München 2003, S. 95–205, hier Kap. VIII, §§ 29, 33–39, S. 157–161 (Thomasius begreift den hermeneutisch-historischen Ansatz von Spinoza nach Kap. 7 TTP offensichtlich nicht, als er Kap. 17 TTP über die Hebräer abhandelt. Er argumentiert noch christlich-konfessionell gebunden und stellt sich auf den Standpunkt von Jesus); ders.: Einleitung zur Hof-Philosophie, Berlin-Leipzig 1712 (Neudr. [= ChThAW 2] Hildesheim-Zürich-New York 1994), § 42, S. 143; ders.: Höchsthöthige Cautelen [...] zu Erlernung Der Rechts-Gelahrtheit [1713], 2. Aufl., Halle 1729, Anm. w) zu § 81 (S. 293), Anm. b) zu § 87 (S. 295f.), § 24 (S. 514) [Diese Hinweise verdanken wir Prof. Dr. Friedrich Vollhardt]; ders.: Elender Zustand eines in die Atheisterei verfallenen Gelehrten [1720], Neudr. in: Pott, Martin (Hg.): Theodor Ludwig Lau (1670–1740). Dokumente (= Philosophische Clandestina der deutschen Aufklärung 1,1), Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 191–316, hier S. 234 (S. 276 der Originalpaginierung).

³ Thomasius, Christian: Problema iuridicum an haeresis sit crimen? [1697], in: ders., Dissertationum academicarum, Halle-Magdeburg 1774, Bd. 2, Nr. XXXV, S. 114–140, hier § VIII f., S. 129–132.

⁴ Thomasius: Kirchenrechts-Gelahrtheit (wie Anm. 2), S. 59.

⁵ Ders.: (wie Anm. 3), § XII, S. 137. Unterschieden werden Häretiker (Ketzer, Irrlehrer als Ober- und Teilbegriff, insofern sie bei Thomasius ausgenommen werden), Blasphemiker (Gotteslästerer, -leugner) und Meuterer/Aufwiegler (seditiosi). Auf Blasphemie und Meuterei steht die Todesstrafe; Thomasius verweist dazu u.a. auf Benedict Carpzov, Practica Nova Rerum Criminalium Imperialis Saxonica [pars I], Quaestio XLIV, nota 41 seq.: Nach sächsischem Recht wurde mit dem Feuertod bestraft (N. 45f.); dazu werden bei Carpzov auch Urteile von 1574 (N. 48), 1583 (N. 49) und 1569 (N. 54) genannt; Thomasius: Elender Zustand (wie Anm. 2), S. 255 (S. 297 der Originalpaginierung); Constitutio Criminalis Carolina Kaiser Karls V. 1532, Art. 106.

fängnis oder eine hohe Geldbuße⁶ bzw. die Entlassung und Ausweisung von Gelehrten oder hohen Beamten durch den Landesherrn. Noch 1723 hatte Christian Wolff – unter Androhung der Strafe des Stranges im Widerhandlungsfall – binnen 48 Stunden das Land zu verlassen.⁷ Und selbst Thomasius kam in Leipzig 1689 sowie in Halle 1702 und 1714 in ernsthafte Bedrängnis wegen des Verdachts auf Atheismus.⁸

Es liegt nahe, daß man sich also des Vorwurfs einer staatsfeindlichen Gesinnung und einer ethisch-religiösen Devianz mit dermaßen massiven Sanktionsfolgen intelligenterweise entzog. Thomasius hat gemacht, was man in solchen Fällen tun muß: jeglichen Verdacht von sich weisen, und das hieß, klare Abgrenzungen

Dazu: Meckbach, Hieronymus Christoph: Anmerkungen über Kayser Carl des V. und des Heiligen Römischen Reichs Peinliche Halßgerichtsordnung, Jena 1756 (Neudr. [= Bibliothek des Deutschen Strafrechts. Alte Meister 34], Goldbach 1999), S. 192; Klein, Ernst Ferdinand: Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, Halle 1796 (Neudr. [= Bibliothek des Deutschen Strafrechts. Alte Meister 17], Goldbach 1996), S. 358; Rosshirt, Konrad Eugen Franz: Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelberg 1821 (Neudr. [= Bibliothek des Deutschen Strafrechts. Meister der Moderne 38], Goldbach 1996), S. 205; Friedrich Wilhelms, Königes in Preußen, Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen, Königsberg 1721, Pars III, 6. Buch, Tit. V., Art. I, §§ 1 und 3.

⁶ Meckbach (wie Anm. 5), S. 192; Rosshirt (wie Anm. 5), S. 203, 205.

⁷ Order von König Friedrich Wilhelm I. vom 8.11.1723, wiedergegeben in: Wuttke, Heinrich: Einleitung [1841] zu Christian Wolfs eigener Lebensbeschreibung [1740], Neudr. (= Christian Wolff: Gesammelte Werke, Abt. 1: Deutsche Schriften 10), Hildesheim 1980, S. 28, Nr. 1; sowie in: Sommerhoff-Benner, Silvia: Christian Wolff als Mathematiker und Universitätslehrer des 18. Jahrhunderts (Diss. Siegen 2002), Aachen 2002, S. 22.

⁸ Der Theologe Augustin Pfeiffer in Leipzig setzte 1689 das Verbot der an ihn adressierten Vorlesung von Thomasius «De differentiis justi ac decori» durch, welches zu beachten Thomasius sich nach mehrfacher Mißachtung gezwungen sah (vgl. Lieberwirth, Rolf: Christian Thomasius (1655–1728), in: Jerouschek, Günter/Sames, Arno (Hg.): Aufklärung und Erneuerung. Beiträge zur Geschichte der Universität Halle im ersten Jahrhundert ihres Bestehens (1694–1806), Hanau-Halle 1994, S. 29–45, hier S. 36; Thomasius, Christian: Ernsthafte, aber doch Muntere und vernünftige Thomasische Gedancken und Erinnerungen über allerhand außerlesene Juristische Händel. Dritter Theil, 2. Aufl., Halle 1724, § XLI ff., S. 101 ff.). In Halle erreichten die Pietisten 1702 den Abbruch des Decorumkollegs (vgl. Beetz, Manfred: Ein neuentdeckter Lehrer der Conduite. Thomasius in der Geschichte der Gesellschaftsethik, in: Schneiders, Werner: Christian Thomasius 1655–1728. Interpretationen zu Werk und Wirkung. Mit einer Bibliographie der neueren Thomasius-Literatur [= Studien zum achtzehnten Jahrhundert 11], Hamburg 1989, S. 199–222, hier S. 202 Anm. 14). 1713/14 erfolgte der Höhepunkt der Auseinandersetzung mit August Hermann Francke, wobei Thomasius nochmals mit diesen Vorwürfen belastet wurde (vgl. zum Streit zwischen Thomasius und Francke: Hinrichs, Carl: Preußentum und Pietismus. Der Pietismus in Brandenburg-Preußen als religiös-soziale Reformbewegung, Göttingen, 1971, S. 369–387; ferner Nebe, August: Thomasius in seinem Verhältnis zu A. H. Francke, in: Fleischmann, Max [Hg.]: Christian Thomasius. Leben und Lebenswerk, Halle 1931, S. 383–420, hier S. 394–409).

schaffen. Dies mußte er umso mehr tun, wenn er Positionen bezog, die man ihm als Atheismus auslegen konnte. Er argumentierte wie wir dies heute auch tun: Wir lehnen eine Person oder Partei zwar ab, benutzen aber deren Argumente, weil einzelne Positionen personen- bzw. gruppenindifferent auch korrekt sein können.

Wir leben heute in Staaten mit pluralistischen und demokratischen Strukturen, wo man, wie Spinoza und Thomasius sich dies gewünscht haben, fast frei denken, sprechen und schreiben kann. Dagegen mußte Spinoza noch anonym publizieren und Thomasius sich notgedrungen hinter einer Maske der Verneinung verstecken, um staatlicher Sanktion zu entgehen. Wir können dies einstweilen auf die plakative Formel bringen: Thomasius verhält sich zu Ideen des Spinozismus durchaus positiv, ohne aber Spinozist zu sein. Oder differenzierter: Er ist kein Atheist, aber er vertritt Ansichten und äußert Argumente, die in diesem Kontext gesehen werden können; Doch sei auch hier schon vorgemerkt: Auch Spinoza war kein Atheist oder Usurpator, auch wenn ihm bzw. den Anhängern dies unterstellt wurde.

Dies ist vorliegend denn auch *die* Problematik, den analytischen Nenner in den Schriften verschiedener Autoren zu finden, die sich aus gesellschaftspolitischen Gründen notwendig abgrenzen mußten. Für Thomasius dürfte die Problemstellung etwa so gelautet haben: Wie läßt sich das weltimmanente Vernunftrecht mit der christlichen Staatsreligion, insbesondere lutherischer Konfession, harmonisieren? Offensichtlich war dies unmöglich, denn das von Thomas Hobbes begründete und von Baruch de Spinoza im Sinne einer immanenten Freiheitsidee konsequent weiterentwickelte Vernunftrecht war zu eigenständig und zu verschieden, um mit der christlichen Religion oder gar mit einem konfessionellen Religionsverständnis harmonisiert werden zu können. Dagegen lag Pufendorfs aristotelisch-christliches Naturrecht in greifbarer Nähe, weshalb Thomasius in den achtziger Jahren bei ihm anknüpfte. Gleichzeitig beanspruchte er aber die Grundidee der Freiheit des Denkens, also die *libertas philosophandi* des Spinoza, für sich selbst und entwickelte sie unter seinen aktuellen Lebensbedingungen.⁹

⁹ So z.B. wenn er die Ketzerei nicht für ein strafbares Verbrechen, sondern für einen Irrtum hält und auch die Bestrafung der Verbreitung dieses Irrtums mit dem Argument ablehnt, niemand könne ständig über seine Ansichten schweigen (vgl. Gawlick, Günter: Thomasius und die Denkfreiheit, in: Schneiders (wie Anm. 8), S. 256–273, hier S. 260f.).

II. Die Spinoza-Rezeption in Brandenburg-Preußen

Bevor wir die grundlegenden spinozistischen Elemente in Thomasius' Schriften analysieren, werfen wir zuerst noch einen Blick auf die Rezeption des Spinozismus in Brandenburg-Preußen, insbesondere auf das universitäre Umfeld, um den realen Bezugsrahmen, in dem das Werk von Thomasius stand, für unser Leseverständnis von Thomasius' Werk vor Augen zu haben.

Bedeutung und Funktion des Spinozismus in Deutschland lassen sich im Kontext der Rezeption des *Theologisch-Politischen Traktats* (TTP) bis 1700 erkennen. Spinoza hat den Traktat in Amsterdam verfaßt und in Hamburg 1670 anonym herausgegeben. Darin will er zeigen, daß die *libertas philosophandi* (das heißt: die Freiheit des Denkens, Forschens und Lehrens¹⁰) weder die Frömmigkeit (das heißt: die Religion bzw. Konfession) noch den Frieden (das heißt: die innere Ruhe und Ordnung) im Staat beeinträchtigt.¹¹ Im Gegenteil: weil das Denken ohnehin frei und jedem Subjekt eigen ist, muß die Meinungsäußerungsfreiheit gewährt werden, damit Frömmigkeit und Frieden im Staate gerade nicht gefährdet werden.¹²

Die ersten Reaktionen auf Spinozas TTP erfolgten in den deutschen Landen nur wenige Wochen nach dessen Erscheinen, also mit hoher Reaktionsgeschwindigkeit. Sie kamen von Professoren der Theologie und der damals meist noch dazu gehörigen Philosophie und Naturlehre aus dem orthodox-lutherischen Leipzig sowie dem lutherischen Altdorf.¹³ Aus Leipzig von Jacob Thomasius¹⁴ – dem

¹⁰ Spinoza: TTP, Praef., S. 7, Cap. 20, S. 299, 304.

¹¹ Ders.: TTP, Untertitel (S. 2).

¹² Spinoza: TTP, Praef. S. 6f., 11, Cap. 19, S. 289, Cap. 20, S. 306f.

¹³ Alle Beispiele nach Walther, Manfred: *Machina Civilis oder Von deutscher Freiheit. Formen, Inhalte und Trägerschichten der Reaktion auf den politiktheoretischen Gehalt von Spinoza's Tractatus theologico-politicus in Deutschland bis 1700*, in: Cristofolini, Paolo (Hg.): *L'hérésie spinoziste. La discussion sur le Tractatus theologico-politicus, 1670–1677, et la réception immédiate du spinozisme. Actes du Colloque international de Cortona, 10–14 avril 1991*, Amsterdam-Maarssen 1995, S. 184–221, hier S. 187–201.

¹⁴ Kurze Zeit darauf hat ihm Leibniz mit Brief aus Frankfurt vom 23. Dezember 1670 dazu gratuliert: Wiedergegeben in: Gerhardt, Carl Immanuel (Hg.): *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Bd. I, Hildesheim 1965 (Neudr. der Ausgabe Berlin 1875), Brief Nr. 12, S. 34. Eine deutsche Übersetzung der entsprechenden Stelle findet sich in Altkirch, Ernst: *Maledictus und Benedictus. Spinoza im Urteil des Volkes und der Geistigen bis auf Constantin Brunner*, Leipzig 1924, S. 57. Zum Verhältnis von Jacob Thomasius zur Philosophie Spinozas vgl. Sparr, Walter: *Formalis Atheus? Die Krise der protestantischen Orthodoxie, gespiegelt in ihrer Auseinandersetzung mit Spinoza*, in: Gründer, Karlfried/Schmidt-Biggemann, Wilhelm (Hg.): *Spinoza in der Frühzeit seiner religiösen Wirkung*, Heidelberg 1984, S. 27–63, hier S. 31.

Vater von Christian – und von Friedrich Rappolt¹⁵ (beide 1670) sowie aus Altdorf von Johann Conrad Dürer (1672) und Johann Christoph Sturm (1677). Zwei weitere Reaktionen stammten von Johann Ludwig Fabricius aus dem reformierten Heidelberg (1671) sowie von Johannes Musäus aus Jena (1674). Sie alle hielten den Spinozismus für eine Gefahr im christlichen Staat. Musäus verglich den Spinozismus mit einer Belagerungsmaschine gegen den christlichen Staat, und Sturm meinte kurz und bündig: «So rülpst er [Spinoza] 600 andere Blasphemien aus»¹⁶. Die ersten Reaktionen sind also dezidiert antispinozistisch¹⁷ und kommen in Deutschland vor allem aus den theologischen Kreisen protestantischer Lande,¹⁸ insbesondere aus dem Lager des konfessionell-orthodoxen Luthertums, das sich noch selbst als eine staaterhaltende Wissenschaft im Sinn des territorialen Konfessionalismus verstand. Doch, wenn wir genauer hinschauen, dann zeigt der protestantische Norden auch Differenzierungen: Weder Königsberg, Wittenberg noch Frankfurt an der Oder sind mit von der Streitpartie. Im Gegenteil, hier finden wir einige wenige «Sympathisanten», wie sie Manfred Walther bezeichnet hat.¹⁹ Auch in Duisburg, wo der Cartesianismus Einfluß hatte, findet sich nichts.²⁰

¹⁵ Bezüglich Nachwirkungen vgl. Czelinski, Michael: Die Ethik der Atheisten. Gottlieb Samuel Treuers Kritik an Spinoza, in: Czelinski, Michael/Kisser, Thomas/Schnepf, Robert/Senn, Marcel/Stenzel, Jürgen (Hg.): Transformation der Metaphysik in die Moderne. Zur Gegenwärtigkeit der theoretischen und praktischen Philosophie Spinozas, Würzburg 2003, S. 148–163.

¹⁶ Sturm, Johann Christoph: De Cartesiano & Cartesianismo. Brevis Dissertatio Quam Annuente Summi Numinis Gratia Sub Praesidio M. Joh. Christophori Sturmii, Altdorf 1677, S. 14 («[...] & hujus generis blasphemias eructat sexcentas alias». Übersetzung von Walther (wie Anm. 13), S. 184–221, hier S. 201.

¹⁷ Senn, Marcel: Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. Eine historische Studie zum Rezeptionsdefizit des Spinozismus in der Rechtswissenschaft des deutschsprachigen Kulturraumes, Zürich 1991, S. 37ff.

¹⁸ Um 1700 gab es 22 protestantische und 18 katholische Universitäten im Reich (vgl. Maier, Hans: Gründerzeiten in der deutschen Universitätsgeschichte. Festvortrag aus Anlaß der 25. Wiederkehr der Grundsteinlegung für den Neubau der Universität Bayreuth am 23. März 1999, S. 3; zu finden unter: <http://www.cicero-rednerpreis.de/preistraeger.htm> (zuletzt besucht am 17.7.2006); Wehler, Hans-Ulrich: Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1. Bd.: Vom Feudalismus des alten Reiches bis zur defensiven Modernisierung der Reformära 1700–1815, München 1987, S. 292). Trotz dieses Beinahe-Gleichgewichts finden sich keine Reaktionen im katholischen Bereich (vgl. Walther [wie Anm. 13], S. 209, 215f., 218 Anm. 140). Allerdings hatte der Vatikan 1690 die Opera posthuma (also erst 13 Jahre nach Erscheinen) auf den Index gesetzt (in: Altkirch [wie Anm. 14], S. 54).

¹⁹ Walther (wie Anm. 13), S. 210–214.

²⁰ In Duisburg herrschte ein für die damalige Zeit offenes Klima, vgl. Born, Gernot/Kopatschek, Frank: Die alte Universität Duisburg. 1655–1818, Duisburg 1992, S. 64f.; zum Cartesianismus in Duisburg vgl. Trevisani, Francesco: Einflüsse des Cartesianismus an der Universität Duisburg,

Einer dieser Sympathisanten ist sogar Geheimer Kammersekretär beim Kurfürsten in Brandenburg. Es ist der Theologe Friedrich Wilhelm Stosch, der als Eklektiker auch Spinoza heranzieht, aber kein Spinozist ist.²¹ Ebenso wenig ist jener Anonymus aus Berlin Spinozist, der eine Textsammlung anlegt und darin auch Spinoza-Texte exzerpiert oder Gottfried Arnold, der den Pietismus propagiert und Spinoza-Exzerpte verwendet, um gegen die Orthodoxie zu argumentieren. Arnolds Schriften hat Thomasius ausdrücklich empfohlen.²² Aus Arnolds Buch hat übrigens auch der junge Jurist Goethe seine ersten Informationen über Spinoza erhalten.²³

Insofern läßt sich einstweilen feststellen, Spinoza sei um 1700 im sächsischen und brandenburgischen Raum zumindest präsent gewesen. Während in Brandenburg schon eine aufgeklärte Stimmung vorherrschend war, fällt in Sachsen ein aggressiver Anti-Spinozismus auf.²⁴

in: Hantsche, Irmgard (Hg.): Zur Geschichte der Universität. Das «Gelehrte Duisburg» im Rahmen der allgemeinen Universitätsentwicklung, Bochum 1997, S. 85–105, hier S. 94–102.

²¹ Massive Kritik trifft ihn, seine Publikation (*Concordia rationis fidei*) wird verbrannt. Schröder, Winfried: Einleitung zu: Friedrich Wilhelm Stosch, *Concordia rationis et fidei* [1692], Neudr. (= Philosophische Clandestina der deutschen Aufklärung I, 2), Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 10f.

²² Thomasius, Christian: Erinnerung wegen zweyer Collegiorum über den Vierdten Theil Seiner Grund-Lehren, in: ders.: *Außerlesene Und dazu gehöriger Schrifften Zweyter Theil*, Frankfurt a. M.-Leipzig 1714 (Neudr.: *Auserlesene deutsche Schrifften. Zweiter Teil* [= ChThAW 24], Hildesheim-Zürich-New York 1994), S. 227. Auf S. 228 bezeichnet dann Thomasius Meinungen, die «sein [Arnolds] Buch mit dem Spinoza und den Tribus Impostoribus verglichen [...]» als «Lästerungen». Er fährt dann fort: «daß die meisten/die etwan dieses Buch durch Verleitung anderer für ein gefährliches Buch/darinnen ein heimliches Gifft stecke/halten [...] bey Lesung deselbigen gantz andere und gesündere Gedancken davonführen werden». Die Worte vom «heimlichen Gifft» benutzt er selber im Zusammenhang mit Spinozas Werk (vgl. S. 61).

²³ Walther (wie Anm. 13), S. 213; Nach Altkirch ([wie Anm. 14], S. 85 Anm. 1) allerdings über Jakob Brucker (1696–1770; Philosoph, Historiker, Theologe und Pädagoge. Seine wissenschaftliche Tätigkeit verrichtete er in seiner Freizeit neben seiner Arbeit als Pfarrer und Lehrer v.a. in Augsburg. Näheres bei Stammen, Theo: *Jacob Brucker – «Spuren» einer Biographie*, in: Schmidt-Biggemann, Wilhelm/Stammen, Theo (Hg.): *Jacob Brucker (1696–1779). Philosoph und Historiker der europäischen Aufklärung* [= *Colloquia Augustana* 7], Berlin 1998, S. 74–82); Goethe fing dann um 1784 an, sich zusammen mit Charlotte von Stein grundlegend mit Spinoza zu beschäftigen (vgl. Timm, Hermann: *Gott und die Freiheit* [Studien zur Religionsphilosophie der Goethezeit 1: *Die Spinozarenaissance*], Frankfurt a.M. 1974, S. 307).

²⁴ Für die Präsenz von Spinoza war freilich auch die Tatsache maßgeblich, daß das Werk Spinozas in einer hohen Auflage gedruckt worden war und bereits damals zahlreiche Exemplare im Antiquariatshandel im Umlauf waren (Lauermann, Manfred/Schröder, Maria-Brigitta: *Textgrundlagen der deutschen Spinoza-Rezeption im 18. Jahrhundert*, in: Schürmann, Eva/Waszek, Norbert/Weinreich, Frank (Hg.): *Spinoza im Deutschland des achtzehnten Jahrhunderts. Zur Erinnerung an Hans-Christian Lucas* [= *Spekulation und Erfahrung. Texte und Untersuchungen zum Deutschen Idealismus. Abt. 1: Untersuchungen* 44], Stuttgart-Bad Cannstatt 2002, S. 39–83, hier

III. Thomasius und Spinoza

Thomasius bestätigt diesen Sachverhalt bereits 1688 wie folgt: «Nemlich es ist denen Gelehrten bekant, daß in des Benedicti Spinosae seinen operibus Posthumis gleich fornen an eine Ethic enthalten, in welcher zugleich dieser scharffsinnige Jude bald Anfangs die fundamenta seiner gantzen Philosophie, oder vielmehr seines Atheismi gesetzt. Weil denn dieses Spinosae seine Schrifften, die bey uns in Teutschland außer dem Tractatu Theologico-Politico eben so bekant bißher nicht gewesen, anitzo anfangen allmählich sich einzuschleichen [...]».²⁵

Nachdem Vater Thomasius 1684 gestorben war, zu einem Zeitpunkt, als die von ihm und Rappolt in Leipzig initiierte Anti-Spinozismus-Kampagne in vollem Gange war, nahm sein Sohn Christian, der bislang als Anwalt in Leipzig tätig war, eine Lehrtätigkeit als Privatdozent an der Universität auf. Er lehrt sogleich nach Pufendorf, also neues Naturrecht in der Auseinandersetzung mit Hobbes' Theorie. Das ist recht progressiv. In seinen eigenen Schriften geht Thomasius aber noch über Pufendorfs schon damals recht kühnes Werk hinaus. 1685 veröffentlicht er eine Schrift über das Verbrechen der Bigamie.²⁶ Hier stellt er die Monogamie, die immerhin die institutionelle Stütze des christlichen Staats nach aristotelisch verbreitetem Verständnis ist,²⁷ im Licht der neuen Naturrechtslehre in Frage. Zwei Jahre später fängt er zum Ärger der Leipziger Ordinarii auch noch an, Vorlesungen in deutscher Sprache zu halten. Er beginnt seine deutschsprachige Vorlesung über «kluge Lebensgestaltung» gemäß dem spanischen Jesuiten Balthasar Gracian im orthodox-lutherischen Zentrum. Die Vorlesung wird ihm untersagt, er hält sich nicht an das Verbot.²⁸ Historisch betrachtet ist hier nicht

S. 46; Freudenthal, Jacob/Gebhardt, Carl: Spinoza. Leben und Lehre, 2. Aufl., Heidelberg-Sgravenhage-London-Paris 1927. Erster Teil: Das Leben Spinozas, S. 303f., Zweiter Teil: Die Lehre Spinozas, S. 218 mit Nachweisen). So besaß auch Thomasius selbst ein Exemplar der *Opera posthuma* (Thomasius, Christian: Summarische Nachrichten. Von auserlesenen mehrentheils alten, in der Thomasischen Bibliothèque vorhandenen Buechern, 17. Stück, Halle-Leipzig 1717, S. 441; den Hinweis verdanken wir Dr. Frank Grunert).

²⁵ Thomasius: Aristotelische Ethik (wie Anm. 2), S. 96.

²⁶ Lat.: *De crimine bigamiae*, Leipzig 1685.

²⁷ Senn, Marcel: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003, S. 94; Mikat, Paul: Ehe, in: HRG 1 (1971), Sp. 809–833, hier Sp. 809; Schwab, Dieter: Familie, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2, Stuttgart 1998, S. 253–301, hier S. 258–261.

²⁸ Hof, Hagen: Christian Thomasius, in: Kleinheyer, Gerd/Schröder, Jan (Hg.): Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, S. 424–431, hier S. 424; Schmidt, Werner: Ein vergessener Rebell. Leben und Wirken des Christian Thomasius, München 1995, S. 49. Ebenso hielt er es 1689, als ihm verboten wurde, die «Monatsgespräche» weiterhin

der Übermut des jungen Thomasius hervorzuheben, sondern es sind die Fakultätsvertreter in ihrem Unmut zu verstehen. Der Sohn des großen Orthodoxen von Leipzig entpuppt sich kurz nach Vaters Tod als ein *enfant terrible* in der damaligen Gelehrtenwelt.²⁹

Doch die Strategie von Thomasius bestand gerade darin, sich im scharfen Gegensatz zwischen der unzeitgemäßen Position eines freidenkerischen Spinoza und der orthodoxen Gegenposition seines Vaters und dessen Kollegen in der Mitte zu platzieren und sich damit einen breiten *eigenen* Weg mit Hilfe der Lehre Pufendorfs zu bahnen. Daß er diese Lehre in Richtung Moderne zuspitzte, darf als kluge Strategie des Auslotens seiner realen Möglichkeiten beurteilt werden.³⁰ Und wie sein Beispiel zeigt, war diese Strategie auch erfolgreich. Es kommt auch nicht von ungefähr, daß Thomasius, nachdem er Leipzig verlassen mußte, nach Halle ging, wo die Wissenschaftsfreiheit einen höheren Stellenwert erhalten sollte, als es an anderen Orten üblich war.³¹

In dem vorhin erwähnten Zitat³² fährt nun Thomasius fort: «[...] daß darinnen enthaltene Gifft aber desto gefährlicher ist, weil es im ersten Ansehen recht rational zuseyn scheint, und weil über dieses sich Leute finden, die ich ietzo ehrenthalben nicht nennen will, die dasselbe hämischer Weise unter die Gelehr-

herauszugeben. Er widmete allerdings die nächste Ausgabe dem Kurfürsten Johann Georg III., was die Zensur davon abhielt, gegen ihn vorzugehen (vgl. Lieberwirth [wie Anm. 8], S. 35).

²⁹ Lieberwirth führt das darauf zurück, daß Thomasius eine persönliche Entwicklung durchmachte und deshalb jetzt solche neuen Ideen verbreitete. Daß er auf seinen Vater keine Rücksicht mehr nehmen mußte, spielte demgegenüber eine untergeordnete Rolle (Lieberwirth [wie Anm. 8], S. 32f.).

³⁰ So ähnlich auch Schneiders, Werner: Leibniz-Thomasius-Wolff. Die Anfänge der Aufklärung in Deutschland, in: Akten des II. Internationalen Leibniz-Kongresses, Hannover, 17.–22. Juli 1972, Bd. 1: Begrüßungsansprachen. Gesamtinterpretation. Geschichte-Recht-Gesellschaft. Historische Wirkung. Berichte, Wiesbaden 1973, S. 105–121, hier 111 (allerdings ohne Spinozabezug); auch Lieberwirth attestiert Thomasius kluges Vorgehen (Lieberwirth, Rolf: Christian Thomasius' Leipziger Streitigkeiten, in: Wiss. Zschr. der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Gesellschafts- und sprachwissenschaftliche Reihe III (1953/54), Heft 1, S. 155–159, hier S. 158; Neudr. in: Lück, Heiner (Hg.): Rolf Lieberwirth. Rechtshistorische Schriften, Köln-Weimar-Wien 1997, S. 3–12, hier S. 11).

³¹ Vom Bruch, Rüdiger: Halle, in: Boehm, Laetitia/Müller, Rainer A. (Hg.): Universitäten und Hochschulen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Eine Universitätsgeschichte in Einzeldarstellungen, Düsseldorf-Wien 1983, S. 174–181, hier S. 174–176; Hammerstein, Notker: Halles Ort in der deutschen Universitätslandschaft der Frühen Neuzeit, in: Jerouschek/Sames (wie Anm. 8), S. 18–29, hier S. 24–26; Lieberwirth (wie Anm. 8), hier S. 41; Mühlpfordt, Günter: Halle-Leipziger Aufklärung – Kern der Mitteldeutschen Aufklärung, Führungskraft der Deutschen Aufklärung, Paradigma in Europa, in: Jerouschek/Sames (wie Anm. 8), S. 46–55, hier S. 46.

³² Vgl. Anm. 25.

ten auszubreiten suchen; als habe ich gemeinet ein nützliches Werde zuverrichten, wenn ich solches der studierenden Jugend entdeckte, damit sie sich desto besser dafür hüten, und die Lehren, die mit des Spinosae seinen eine große Verwandschafft haben, desto ehe erkennen lerneten.»³³ Der junge Thomasius ist somit ein Beispiel dafür, wie man die intellektuelle Kapazität Spinozas und seiner Argumente anerkennen, sich jedoch in politischer und pädagogischer Hinsicht gleichzeitig dennoch distanzieren kann. Er begreift in kritisch differenzierender Analyse die Bedeutung von Spinozas Werk und bezeichnet ihn als «scharffsinnigen Juden» mit «raisonablen Gedanken»,³⁴ und er weiß auch um die damals praktizierte Technik der clandestinen Infiltration von neuen Ideen unter Zensur,³⁵ wenn er von der «hämischen Weise» der Ausbreitung unter den Gelehrten spricht.³⁶ Um eben diesem Keim entgegenzuwirken, wolle er – Thomasius – die Jugend aufklären.

Wenn diese Beobachtung zutrifft, so kann der Umgang mit Spinoza auch von anderen zeitgenössischen Juristen in Brandenburg und Preußen ähnlich gehandhabt worden sein. Auch dafür gibt es Beispiele³⁷ wie den bereits erwähnten Stosch» (1648–1704), der in der brandenburgischen Universität Frankfurt Jura und Philosophie studiert hatte, oder den Thomasius-Schüler Gottlieb Stolle (1673–1744), ferner Gottlieb Treuer (1683–1743)³⁸ oder Theodor Ludwig Lau (1670–1740)³⁹, dem Thomasius in der Untersuchung vorwirft, noch frecher und tollkühner als Spinoza zu schreiben, was dieser aber entschieden bestreitet und

³³ Thomasius: Aristotelische Ethik (wie Anm. 2), S. 96f.

³⁴ Während Thomasius die Scharfsinnigkeit Spinozas anerkennt, spricht Pufendorf dagegen mit Blick auf den Austritt Spinozas aus der Amsterdamer Synagoge vom «gewesenen Jude[n]» (Bähling, Frank [Hg.]: Pufendorf, Samuel: *De iure naturae et gentium*, Erster Teil, in: Schmidt-Biggemann, Wilhelm [Hg.]: Pufendorf, Samuel: *Gesammelte Werke*, Bd. 4, Lib. II, Cap. II, § 3, Berlin 1998, S. 116). Die Charakterisierung Spinozas als Jude ist wissenschaftlich unnötig, ja hinderlich. Dabei wird übersehen, daß Spinoza den Gottesbegriff neu definierte.

³⁵ Vgl. zur clandestinen Technik die Einleitung zur Reihe in Pott (wie Anm. 2), S. 7.

³⁶ Ritter, Joachim-Friedrich: Einleitung zu: Ritter, Joachim-Friedrich (Hg.): Friedrich von Spee. *Cautio Criminalis* oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, 7. Aufl., München 2003 (Neudr. der Ausgabe Weimar 1939), S. XXVII f.

³⁷ Walther (wie Anm. 13), hier S. 218.

³⁸ Czelinski (wie Anm. 15).

³⁹ Lau war in Halle 1694 Schüler des Thomasius. Nach Auslandsaufenthalt wurde er fürstlicher Rat bei Herzog Friedrich Wilhelm von Kurland, eine Stellung, die er bis zum Tod des Herzogs 1711 innehatte. Es war seine 1717 in Frankfurt anonym erschienene Schrift *Meditationes philosophicae de Deo, mundo, homine*, wegen welcher er des Atheismus beschuldigt wurde. Laus Name wurde bekannt, als man seinen Verleger zwang, den Autor der Schrift zu nennen. Die Schrift wurde öffentlich verbrannt, Lau selbst inhaftiert und später aus der Stadt vertrieben. Seine Versuche, das Urteil anzufechten, scheiterten schließlich unter anderem am Widerstand Christian Thomasius' (vgl. die Einleitung von Pott [wie Anm. 2], S. 16–22).

den klugen Aufklärungsautor Thomasius auf dessen Hof-Philosophie von 1710 anspricht und von ihm verlangt, er möge seine guten Ideen bei der Beurteilung des konkreten Falles nun auch anwenden⁴⁰, oder schließlich den Autor des anonymen Berliner Exzerpts und nicht zuletzt Christian Wolff.⁴¹ Sie alle sind keine Spinozisten, aber sie alle setzen sich mit Spinozas Werken und Gedanken bereits eingehender auseinander.

Wolff konnte dem Vorwurf des Atheismus und Determinismus, dessentwegen er 1723 des Landes verwiesen wurde,⁴² erst 1737 begegnen, indem er eine Analyse zu Spinozas *Ethik* verfaßte.⁴³ Sein Schüler Johann Lorenz Schmidt, der 1735 die *Wertheimer Bibel* schon nach aufklärerischen Kriterien herausgegeben hatte, brachte die *Ethik* Spinozas zusammen mit Wolffs Widerlegung in ein modern verständliches Deutsch, in der erklärten Absicht, jedermann klar zu machen, daß Spinoza falsch liege und Wolff Recht habe, wie schön der Titel des Werkes verkündet.⁴⁴ Auch dies ist ein Beispiel für die Dialektik aller übereifrigen Aufklärung, denn Schmidt hat nicht nur die Texte übersetzt, sondern auch ein fast

⁴⁰ Gawlick (wie Anm. 9), hier S. 267f.; Thomasius: Elender Zustand (wie Anm. 2), hier S. 271 (S. 313 der Originalpaginierung), dazu auch Otto, Rüdiger: Studien zur Spinoza-Rezeption in Deutschland im 18. Jahrhundert, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1992, S. 101–105; Schröder, Winfried: Spinoza in der deutschen Frühaufklärung, Würzburg 1987, S. 124–132.

⁴¹ Wolff unterzog sich als erster Rezipient der Mühe, Spinoza korrekt nachzuvollziehen (vgl. Walther, Manfred: Histoire des problèmes et de la recherche, in: Spinoza entre lumière et romantisme. Les cahiers de Fontenay 36–38, Fontenay-aux-Roses 1985, S. 13–44, hier S. 24), auch, wenn einige Defizite bleiben (vgl. Cramer, Konrad: Christian Wolff über den Zusammenhang der Definitionen von Attribut, Modus und Substanz und ihr Verhältnis zu den beiden ersten Axiomen von Spinozas Ethik, in: Cramer Konrad/Jacobs, Wilhelm G./Schmidt-Biggemann, Wilhelm (Hg.): Spinozas Ethik und ihre frühe Wirkung, Wolfenbüttel 1981, S. 67–106, hier S. 69ff.).

⁴² Ausgelöst wurde die Debatte durch Christian Wolffs «Oratio de Sinarum philosophia practica. Rede über die praktische Philosophie der Chinesen» [1721] (hg. v. Albrecht, Michael, Hamburg 1985; vgl. dazu die Einleitung des Herausgebers, S. LXXII f.); Zum Konfuzianismus: Der katholische Pater Matteo Ricci (1552–1610), der in China lebte, hielt den Konfuzianismus mit dem Katholizismus für vereinbar. Eine Übersetzung machte die konfuzianischen Lehren in den 1690er Jahren in Westeuropa bekannt (dazu: Lühmann, Werner: Konfuzius. Aufgeklärter Philosoph oder reaktionärer Moralapostel? Wiesbaden 2003, S. 20–26 und 95).

⁴³ Wolff, Christian: Theologia naturalis methodo scientifica pertractata, pars posterior (vollendet 1737, deutsch 1745), Frankfurt a. M.-Leipzig 1941, §§ 671–716; dazu: Buschmann, Cornelia: Wolffs «Widerlegung» der «Ethik» Spinozas, in: Delf, Hanna/Schoeps, Julius H./Walther, Manfred (Hg.): Spinoza in der europäischen Geistesgeschichte, Berlin 1994, S. 126–141.

⁴⁴ Schmidt, Johann Lorenz: B. v. S. Sittenlehre widerleget von dem berühmten Weltweisen unserer Zeit Herrn Christian Wolf, Leipzig-Frankfurt a. M. 1743. Der Übersetzung der Ethik Spinozas folgt das Register. Danach wird Wolffs Widerlegung wiedergegeben unter dem Titel «Herrn Christian Wolfs Widerlegung der Sittenlehre B. v. S. aus dem anderen Theile seiner natürlichen Gottesgelahrtheit genommen».

60 Seiten umfassendes Register beigelegt, mit dessen Hilfe jede Stelle im Werk Spinozas nun nachgeschlagen werden konnte.⁴⁵

Die Hallenser Bemühungen zur Frühaufklärung der studierenden Jugend zwischen 1688 und 1744 können also dahingehend gesehen werden, daß durch ihre akademischen Protagonisten Thomasius und Wolff ein entscheidender Beitrag zur positiven Rezeption des Spinozismus im Deutschland der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts geboten wurde. Doch damit wird auch klar, daß mehr Parallelen des Spinozismus zu Autoren des 18. Jahrhunderts bestehen (müssen), als man gemeinhin angenommen hat und noch heute annimmt. Mit Bezug auf Thomasius heißt dies aber nur: Wenn Thomasius – wie wir mit unserem Kongreßthema behaupten – einer der Wegbereiter der modernen Rechtskultur und Juristenausbildung sei, dann kann er zu einer der mächtigsten Strömungen des 18. Jahrhunderts keineswegs ein nur abweisendes Verhältnis gehabt haben.

IV. Die Lehre Spinozas

Welches sind die Charakteristika einer spinozistischen Position? Es sind dies vier Elemente: 1. Gott ist das zentrale, allerdings nicht-anthropomorphe⁴⁶ Element der Ethik. Gott ist die sich frei bestimmende Existenz. Existenz ist Natur und insofern sind Gott und Natur identisch,⁴⁷ aber sie sind nicht identisch im Sinne eines physikalischen Naturbegriffs.⁴⁸ Denn Gott ist das unendliche und das ewige Wesen, das alles andere bedingt, ist die einzige unabhängige Einheit, die alleine aus eigener Macht (bzw. Kraft) besteht und die daher auch alles andere stets bewirkt.⁴⁹ Gott ist im Sinn der Spinozaschen Terminologie die Freiheit *seiner* Natur, während 2. der Mensch in erster Linie Ausdruck der Notwendigkeit oder Gesetzlichkeit der äußeren Natur ist und daher dauernd seinen Affekten unterliegt.⁵⁰

⁴⁵ Goldenbaum, Ursula: Die erste deutsche Übersetzung der Spinozaschen «Ethik», in: Delf/Schoeps/Walther (wie Anm. 43), S. 107–125, hier S. 113f.; Freudenthal/Gebhardt (wie Anm. 24), Zweiter Teil, S. 224. Lauermaun und Schröder bezweifeln allerdings die große Wirkung dieser Übersetzung (Lauermaun, Manfred/Schröder, Maria-Brigitta: Textgrundlagen der deutschen Spinoza-Rezeption im 18. Jahrhundert, in: Schürmann/Waszek/Weinreich (wie Anm. 24), S. 39–83, hier S. 64f.).

⁴⁶ Spinoza: Ep. 21, S. 107, Z. 21–24; Ep. 23, S. 124, Z. 17–36; Ep. 56, S. 229f., Z. 5 (229)–39 (230).

⁴⁷ Ders.: E 1P11–20 i. V. m. Definitionen und Grundsätzen zu Teil I, insb. Def. 3–6; vgl. dazu, Ep. 58, S. 235f., Z. 28 (235)–5 (236).

⁴⁸ Ebd.: E 4 Praef. 187f.; E 1P16, P17S1+2.

⁴⁹ Ebd. E 1P11D1+2.

⁵⁰ Ebd. E 4P4C.

Mit Hilfe seiner Vernunftfähigkeit aber kann er sich aus dieser *seiner* Bedingtheit allmählich zu einem sich selbst bestimmenden Wesen entwickeln, sofern er seine Bedingtheit begreift und entsprechend schrittweise lernt, unter bewußtem Einsatz von Gegenaffekten die Mechanik seiner Affekte immer selbständiger zu steuern.⁵¹ Dann kann er sich dadurch ein Stück Freiheit selber schaffen.⁵² 3. Das Streben des Menschen ist es folglich, seine eigene natürliche Bedingtheit zunehmend einer gottnahen Freiheit anzunähern.⁵³ Der Mensch ist ausdrücklich mehr als die physiologische Modalität eines monistischen Naturbegriffs, wie ihn der Naturalismus versteht.⁵⁴ Denn alle Selbsterhaltung will *libertas philosophandi*, die die höchste Daseinsform der intellektuellen Liebe zu Gott und Freiheit ist.⁵⁵ 4. Insofern also, wie das menschliche Dasein in dieser Weise in Gott ist, wird die gesellschaftliche und staatliche Selbstorganisation der Menschen auch ihre höchst mögliche Ausdrucksform der Freiheit finden. Unbedingt muß die Freiheit des Denkens und Sichäußerns im Staate sein,⁵⁶ bedingt dagegen die Demokratie als konkreter Ausdruck der Freiheit aller.⁵⁷ Der insofern freie Mensch wird daher stets aus Einsicht in die Notwendigkeit, mithin freien Willens, die gemeinsamen Rechtsregeln einhalten und die Gesetze des Staats mittragen.⁵⁸ Denn die Rechtsgesetze sind Ausdruck der Freiheit im Rechtsstaat.⁵⁹ Die zentrale Argumentationsfigur des Spinozismus ist folglich das Thema der Freiheit in Ethik, Religion, Recht und Staat. Dabei wird die Willensfreiheit (im Sinne der religiösen Entscheidungsfreiheit zur Sünde) verneint, dagegen die Affektunterworfenheit, aber auch die Affektsteuerung durch Gegenaffekte betont und die positive Bedeutung der Menschen für einander sowie (daraus folgend) die Bedeutung der Ebene der *lex humana* – also der positiven Rechtsgesetze im Staat – bekräftigt.

⁵¹ Ebd. E 4P7+D, 5P20S.

⁵² So sagt der Spinozist Goethe (Faust zu Mephistopheles in: Goethe, Johann Wolfgang: Faust II, 5. Akt «Großer Vorhof des Palastes»): «Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben./Der täglich sie erobern muß».

⁵³ Spinoza: E 5P23–30, 34, 38, 42S.

⁵⁴ Senn (wie Anm. 27), S. 216, Anm. 16.

⁵⁵ Spinoza: E 5P36+S.

⁵⁶ Dazu, wie lange es dauerte, bis Spinozas Ideen sich als Freiheit der Lehre und Forschung im akademischen Bereich niederschlugen und wie gefährdet diese Ideen heute wieder sind siehe: Breining-Kaufmann, Christine: Akademische Freiheit in Zeiten der Globalisierung. Liberalisierung und Studienreform als neue Herausforderung für die Wissenschaftsfreiheit, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, NF 123 (2004) 3, 1. Halbband, S. 307–341, hier S. 309.

⁵⁷ Spinoza: TTP 16, S. 240, Z. 12–24.

⁵⁸ Ders.: E 4P37S1+2; ders.: TP, Cap. 4 § 4 i.V.m Cap. 3 § 5+6.

⁵⁹ Ders.: TP Cap. 4 § 5, Cap. 5 § 6+7, Z. 35–37.

V. Thomasius als Spinozist?

Unsere These lautet nun: Thomasius hat verschiedene spinozistische Elemente dieser zentralen intellektuellen Argumentationsfigur «Freiheit» bei gleichzeitig notwendiger Ablehnung des Spinozismus als zeitgenössisches Konzept rezipiert.

Rezeption heißt: Man arbeitet mit einem vorgegebenen Material und eignet es sich unter den bestehenden Rahmenbedingungen an. Thomasius ist ebenso ein Intellektueller und Eklektizist wie ein Dissident, der gegen staatlich-konfessionelle Verfilzung und für Meinungsäußerungsfreiheit eintritt. Vor diesem Hintergrund und weil er sich selbst mehrfach Verfolgungen ausgesetzt sah, ändert sich um 1700 auch seine Einstellung in persönlichen Glaubensfragen.

Zunächst fallen die analogen Positionen eines Rechtspositivismus zu Gunsten der Rechtsstaatlichkeit bei Spinoza und Thomasius auf.⁶⁰ Bei beiden Autoren sind die Rechtsgesetze zentral, welche sich von ethischen Normen unterscheiden, aber auch von einem autoritativ-voluntaristischen Normativismus. Dadurch grenzen sich beide Autoren gegenüber Hobbes' Rechtstheorie ab⁶¹ und anerkennen die Grundfreiheit des individuellen Denkens und Sichäußerns. Beide begründen das Menschenbild aus der Qualität der Geschöpflichkeit des Menschen aus einem Gott und nicht aus der Animalität,⁶² weshalb bei beiden Autoren letztlich die *pietas* eine zentrale Rolle spielt.⁶³

⁶⁰ Vgl. zu Spinoza: Walther, Manfred: Die Transformation des Naturrechts in der Rechtsphilosophie Spinozas, in: Giancotti, Emili/Matheron, Alexandre/Walther, Manfred (Hg.): Spinoza's Philosophy of Society (= *Studia Spinozana* 1), Alling 1985, S. 73–104, hier S. 81–83; zu Thomasius: Hof (wie Anm. 28), S. 428.

⁶¹ Zu Spinoza: Ep. 50, S. 209, Z. 10–18; TTP Cap. 16, S. 239, Anm. 1; Walther (wie Anm. 60); Belaief, Gail: Spinoza's Philosophy of Law, Den Haag-Paris 1971, S. 27–29; zu Thomasius: Thomasius, Christian: Grund-Lehren des Natur- und Völker-Rechts, Halle 1709 (Neudr. Grund-lehren des Natur- und Völkerrechts, hg. v. Frank Grunert [= ChThAW 18]), I. IV§ 45–64, S. 84–86; Dreitzel, Horst: Christliche Aufklärung durch fürstlichen Absolutismus. Thomasius und die Destruktion des frühneuzeitlichen Konfessionsstaates, in: Vollhardt, Friedrich (Hg.): Christian Thomasius (1655–1728). Neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung (= *Frühe Neuzeit* 37), Tübingen 1997, S. 17–50, hier S. 43; Grunert, Frank: Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung, Tübingen 2000, S. 228–230; Röd, Wolfgang: Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert, vorgelegt von Wolfgang Stegmüller. München 1970, S. 152.

⁶² Pott, Martin: Thomasius' philosophischer Glaube, in: Schneiders (wie Anm. 8), S. 223–247, hier S. 226–229; Bartuschat, Wolfgang: Spinozas Theorie des Menschen, Hamburg 1992, S. 308 und 312.

⁶³ Spinoza: TTP Incipium (zit. hier; TP Cap. 2 § 23; Dazu: Bartuschat, Wolfgang: Moralität bei Spinoza, in: Senn, Marcel/Walther, Manfred (Hg.): Ethik, Recht und Politik bei Spinoza, Zürich

Die Rezeptionsthese scheint mit Blick auf den Gottesbegriff am problematischsten. Thomasius' Gottesbegriff ist derjenige des christlichen Väterverständnisses eines Lutheraners. Er grenzt diesen Gottesbegriff in seiner *Göttlichen Rechtsgelahrtheit* von 1688, deutsch 1709, von der Gleichsetzung mit Natur oder Weltseele ab,⁶⁴ weil Gott der Urheber der Welt und der Menschen sei.⁶⁵ Mehrfach beruft er sich dabei auf von Seckendorffs *Christen-Staat* oder seines Vaters Lehren.⁶⁶ Als Atheisten bezeichnet er die Leugner der Existenz Gottes, aber auch die Deisten und Deterministen, die ein *fatum stoicum* erdichteten und also die Willensfreiheit verneinten.⁶⁷ Das ändert sich in den *Fundamenta* von 1705 (deutsch 1719) grundlegend. Nun erscheint das Verständnis Gottes als das Bild eines gütigen Vaters und nicht mehr als Herrschergott.⁶⁸ Thomasius argumentiert also mit dem traditionell christlichen Gottesbegriff, grenzt ihn gegen stoische, deistische und naturale Positionen ab. Vordergründig behauptet er damit eine allerdings argumentativ nicht plausibilisierte Differenzierung zum Spinozismus.⁶⁹

Neuere Untersuchungen von Dreitzel, Zurbuchen⁷⁰ und Grunert – initiiert durch Martin Potts kluge Ausführungen zum Glaubensbegriff⁷¹ (1989) – entblößen diese diffus trivialtheologische Position als Thomasius' Versuch zur Säkularisierung des Christentums. Horst Dreitzel hat 1997 das Thomassche Religionsverständnis als Dekonstruktion des frühneuzeitlichen Konfessionsstaates erläutert und erkannt, Thomasius wolle das Christentum epikureisieren bzw. auf eine natürliche Ursprungsethik zurückführen.⁷² Und 2004 hat Frank Grunert Thomasius' Anti-

2001, S. 23–45; Schröder, Peter: Christian Thomasius zur Einführung, Hamburg 1999, S. 44 f., 48, 54, 57, 59 und 97.

⁶⁴ Thomasius, Christian: Drey Bücher der Göttlichen Rechtsgelahrtheit, Halle 1709, I.III.53, S. 94f.

⁶⁵ Ebd.: I.III.73, S. 100. Zu diesem Mißverständnis vgl. Cuffeler, Abraham Johannes: Specimen Artis ratiocinandi naturalis, Hamburg 1684, wiedergegeben in Altkirch (wie Anm. 14), S. 65f.

⁶⁶ Thomasius (wie Anm. 64), Vorrede S. 25f., §§ 36f., I.III. 54–60, S. 94–96 i.V.m. Vorrede § 51, S. 48–51.

⁶⁷ Ebd., I.III.87 (S. 102).

⁶⁸ Thomasius (wie Anm. 61), I.5 § 42, S. 101.

⁶⁹ Die in Anm. 2 zitierten Stellungnahmen belegen dieses Bild. Es handelt sich weitgehend um Verurteilungen mit fehlerhaften Begründungen. Bezeichnend ist auch, daß Thomasius in seinen späteren Jahren sogar den Atheisten mit einer gewissen Toleranz gegenübertrat. Vgl. dazu Dreitzel (wie Anm. 61), S. 17–50, hier S. 38.

⁷⁰ Zurbuchen, Simone: Gewissensfreiheit und Toleranz: Zur Pufendorf-Rezeption bei Christian Thomasius, in: Palladini, Fiammetta/Hartung, Gerald (Hg.): Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694–1994), Berlin 1996, S. 177 und 180.

⁷¹ Pott (wie Anm. 62), S. 223–247.

⁷² Dreitzel (wie Anm. 61), S. 45.

klerikalismus als säkulare Weltphilosophie dargestellt.⁷³ Gerade Grunerts Darstellung verdeutlicht die Nähe zum spinozistischen Gottesverständnis, wenn er feststellt, daß Thomasius seine naturrechtliche Lehre mit dem Christentum in Einklang zu bringen versuche, und dabei das Christentum zur vollkommen jenseitigen Glückseligkeitslehre bzw. zu einer reinen Weisheitslehre⁷⁴ umgestalte nach der Devise: «Wer ein gut Leben führet, der bekommt eo ipso seine Belohnung, nemlich die Ruhe.»⁷⁵ Dies ist übrigens Nahe der Quintessenz der *Ethik* Spinozas,⁷⁶ eine Zufriedenheit der Seele durch Erkenntnis und Liebe von Gott als wahren Ursprung allen Lebens zu erreichen.⁷⁷

In den *Fundamenta* von 1705 hat sich Thomasius von seiner bisher voluntaristischen Haltung samt Gnadenmittel klar distanziert und unter Verwendung des christlichen Vokabulars den natürlichen Weg zur Weisheit gefunden. Der affektgeleitete Mensch sei unfähig, seiner Erkenntnis gemäß zu handeln. Das werde nun zu einem psychologischen Problem, wie nämlich die affektuelle Disposition gesteuert werden könne, wie Grunert darlegt.⁷⁸ Die hierzu entwickelte Lehre von der psychologischen Triebhemmung ist augenfällig eine Rezeption eines zentralen Spinozaschen Theorieelements.⁷⁹

Wenn Thomasius in diesem Zusammenhang die Bibel zur Selbsterkenntnis empfehle, so nicht kraft der Autorität als Offenbarung Gottes, sondern weil diese die Grundregeln von der wahren Glückseligkeit aller Menschen in diesem Leben enthalte.⁸⁰ Deshalb verweise Thomasius auf die Weisheitsbücher der Bibel Salomon, Prediger und Syrach. Aber auch dies ist Spinoza im Einzelnen. Denn Spinoza selbst war so wenig Atheist wie Thomasius. Auch Thomasius warf man vor, das Vokabular der christlichen Religion nur zum Schein zu verwenden und sie zur Weisheitslehre zu verdrehen.⁸¹ Und auch Spinoza erklärt, daß gemäß Salomon nur die Weisen friedlich und beständig lebten, während affektgeleitete

⁷³ Grunert, Frank: Antiklerikalismus und christlicher Anspruch im Werk von Christian Thomasius, in: Mondot, Jean (Hg.): *Les Lumières et leur combat/Der Kampf der Aufklärung*, Berlin 2004, S. 39–56.

⁷⁴ Ebd., hier S. 40f. und 54.

⁷⁵ Thomasius: *Kirchenrechts-Gelahrtheit* (wie Anm. 2), S. 134f.

⁷⁶ Spinoza: E 5P24–42.

⁷⁷ Noch in den neunziger Jahren hat Thomasius das Problem der Glückseligkeit als Folge des schlechten freien Willens gesehen, der durch den äußeren Einfluß der göttlichen Gnade alleine gebessert werden könne (Grunert [wie Anm. 73], hier S. 54f.).

⁷⁸ Ebd., hier S. 55.

⁷⁹ Spinoza: E 4P4C; 4P7+D; 5P20S.

⁸⁰ Thomasius: *Cautelen* (wie Anm. 2), § 58, S. 50f.

⁸¹ Zu Thomasius: Grunert (wie Anm. 73), hier S. 53 und 56; zu Spinoza: Otto (wie Anm. 40), S. 39.

Menschen in ständiger Unruhe seien, und daß diese Auffassung seiner eigenen Ansicht voll entspräche, da sie die Grundlage zu Ethik und Politik enthielte.⁸²

VI. Wandel der Ansichten des Thomasius

Die Frage stellt sich folglich, ob bei Thomasius ein grundlegender Wandel in seinen Ansichten um 1700 stattgefunden habe. Die Literatur scheint sich in diesem Punkte einig.⁸³ Und ein äußeres Detail indiziert dies ebenfalls deutlich: Seckendorff, noch sechs Mal in der *Rechtsgelahrtheit* zitiert, fehlt in den *Fundamenta*.⁸⁴ Der Bezug zum christlichen Staat hat sich also nach 1700 verändert. Im Gegenteil wird nunmehr die Priesterkaste im Staat, die Gottes Wille auszudeuten vorgibt, offen kritisiert.⁸⁵ In seiner 1707 erschienenen und 1714 auf Deutsch übersetzten Abhandlung *Von der Pflicht eines Evangelischen Fürsten die Besoldungen und Ehren-Stellen der Kirchen-Diener zu vermehren* bezeichnet Thomasius den Gottesdienst als für die Menschen wichtig, da sie nur «durch die Furcht vor Gott oder göttlichen Strafen» davon abgehalten werden, heimlich Untaten zu begehen. Atheisten hingegen sorgen für Unruhe im Staat, wobei Thomasius den Atheisten Spinoza von diesen Menschen ausnimmt und ihn zu denen zählt, die durch ihren Lebenswandel zur Stabilität beitragen.⁸⁶

1973 hat Wolfgang Wiebking mit Blick auf die um 1700 entstandene (erst 1738 publizierte) *Kirchenrechtsgelahrtheit* deutlich gemacht: Konfessionelle Einheit ist bei Thomasius nach 1700 kein Kriterium der Staatlichkeit mehr; im Gegenteil, die staatliche Ruhe und Ordnung muß vielmehr auf der Gewissensfreiheit beruhen, denn zum Existenzrecht eines jeden gehöre seine freie Glaubensäußerung, wie Thomasius unter Hinweis auf die Toleranzpolitik Brandenburg-Preußens sowie der Niederlande als Musterländer des konfessionellen Friedens im 17. Jahrhundert geltend mache, wo Gewissensfreiheit eine staatliche Notwendig-

⁸² Spinoza: TTP 4, S. 76f.; E 5P42S.

⁸³ Auch Thomasius selbst war dieser Ansicht, vgl. Pott (wie Anm. 62), hier S. 241, Anm. 53.

⁸⁴ Seckendorff wird in der *Rechtsgelahrtheit* (wie Anm. 64) an folgenden Stellen zitiert: Vorrede § 51 (S. 48 und 51), Vorrede § 53 (S. 54), Anm. m) zu I.III.48 (S. 92), Anm. u) zu I.III.65 (S. 98) und in Anm. n) zu II.I.24 (S. 128). In den *Fundamenta* hingegen (wie Anm. 61) findet er sich nicht mehr, wie sich aus dem Register ergibt.

⁸⁵ Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), II.I § 5 (S. 138) und I.6 § 2 (S. 111) und 16 (S. 113).

⁸⁶ Thomasius, Christian: *Von der Pflicht eines Evangelischen Fürsten/die Besoldungen und Ehren-Stellen der Kirchen-Diener zu vermehren*, in: ders.: *Außerlesene Schrifften* (wie Anm. 22), S. 353–437, hier S. 394.

keit geworden sei.⁸⁷ Der Hinweis auf Spinoza läßt sich hier nicht übersehen, auch wenn Thomasius die Spinozisten davon ausnimmt,⁸⁸ wenn er feststellt: Selbst der Atheismus könne nicht bestraft werden, weil er ein Irrtum des Verstandes, nicht des Willens sei. Wandel und Eklektizismus des Thomasius vor und nach 1700 zeigen sich auch hierin also sehr deutlich. Wer *honeste* lebe, könne nicht verfolgt, sondern nur bedauert werden.⁸⁹

VII. Die neuere Forschung

Nun haben in diesem Kontext zwei bedeutende Philosophiehistoriker, nämlich Wolfgang Röd und Günter Gawlick schon längst auf die Wechselbeziehungen zwischen Spinozas Theorie und insbesondere Thomasius' *Fundamenta* aufmerksam gemacht, doch haben ihre Hinweise bislang keine Beachtung gefunden.

Günter Gawlick, der auch der Herausgeber des *TTP* in der Philosophischen Bibliothek im Meiner-Verlag ist, hat 1987 darauf hingewiesen, daß das Verhältnis von Thomasius zum Spinozismus einmal betreffend Thomasius' Auseinandersetzung mit Tschirnhaus und seinem Schüler Lau genauer ins Auge zu fassen wäre.⁹⁰ Gawlick verweist dann darauf, Thomasius habe im Spinozismus noch eine akute Gefahr gesehen, insbesondere weil Spinoza die Verbesserungsfähigkeit des Verstandes sehe,⁹¹ während Thomasius auf Offenbarung und Gnade – und somit den Willen – abstelle. Wie wir aber nun wissen, ist dies eine Frage der Interpretation mit Blick auf den Standort des Thomasius um 1700. In den *Fundamenta* jedenfalls steht davon nichts und nota bene, Gawlick zitiert zu seiner Folgerung die *Rechtsgelahrtheit*, nicht die *Fundamenta*.⁹² Zum Zweiten fragt sich Gawlick, wie denn Thomasius mit seiner Ansicht der Denkfreiheit die Repression gerade mit Blick auf Lau habe vereinigen können? Er erkennt in der Thomasschen Argumentation einen strukturellen Mangel, weshalb er folgert, Thomasius entspreche mit Bezug auf die Spinozisten gerade nicht den sonst zukunftsweisenden Zügen

⁸⁷ Wiebking, Wolfgang: Recht, Reich und Kirche in der Lehre des Christian Thomasius (Diss. Tübingen 1973), München 1973, S. 160–164.

⁸⁸ Gawlick (wie Anm. 9), S. 262.

⁸⁹ Wiebking (wie Anm. 87), S. 165.

⁹⁰ Gawlick (wie Anm. 9), S. 262.

⁹¹ Dabei handelt es sich allerdings um eine frühere Schrift von Spinoza, die insoweit durch die entwickelte Affektenlehre in dieser Hinsicht grundlegend revidiert ist.

⁹² Gawlick (wie Anm. 9), S. 270f., Anm. 74. Zur Entwicklung von der Rechtsgelahrtheit zu den *Fundamenta* siehe: Steinberg, Georg: Christian Thomasius als Naturrechtslehrer, Diss. iur. Halle-Wittenberg 2003 (= Hallesche Schriften zum Recht 22), Köln-Berlin-München 2005, S. 107–131.

seiner eigenen Theorie.⁹³ Uns scheint auch dieser Punkt nur eine Frage der Interpretation vor dem historischen Hintergrund der Sanktionspraxis zu sein. Daß sich Thomasius, der sich in eigener Sache stets das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit herausnahm und sich damit Verdächtigungen aussetzte, sich nicht auch noch für Kollegen und Schüler einsetzen konnte, erscheint schlüssig, hätte er dadurch sonst seine eigene Selbstverteidigungsstrategie unterlaufen.

Die *Fundamenta* jedenfalls sind spinozistisch stark, wenn auch nicht konsequent unterlegt,⁹⁴ wie sich etwa aus der Darstellung bei Klaus Luig in *Staatsdenker der frühen Neuzeit* ergibt.⁹⁵ Da ist zentral die Wechselbeziehung von Verstand und Wille,⁹⁶ wobei der Wille nicht Willensfreiheit bedeutet.⁹⁷ Daher sind Vernunft und Willen einander auch nicht einfach entgegengesetzt,⁹⁸ sondern – insofern sie auf Selbsterhaltung gerichtet sind⁹⁹ – ergebe sich ihre Wechselbeziehung aus der Natur des Menschen¹⁰⁰ und nicht aus dem Gewissen¹⁰¹ und zwar nach Maßgabe der Kongruenz der Eigenliebe mit der Freundesliebe der Weisen.¹⁰² Der Aufbau der Gesellschaft gemäß den *Fundamenta* folgt dem inneren Prinzip insbesondere der Lehre des *Politischen Traktats* von Spinoza, einen stabilen und auf Gesetzen beruhenden Staat zu bilden.¹⁰³ So ist vom Gesellschaftsvertrag ebenso wenig wie bei Spinoza die Rede,¹⁰⁴ hingegen vom Grundsatz des Vorteilsstrebens und der Nachteilsvermeidung.¹⁰⁵

Wolfgang Röd hat 1970 in *Geometrischer Geist und Naturrecht* festgestellt, die Anthropologie von Thomasius in den *Fundamenta* beruhe auf derselben Lehre der Selbsterhaltung wie diejenige von Spinoza (und nicht von Hobbes), was sich an der spezifischen Einstellung zu den Weisen und Toren zeigen lasse, insbesondere weil eine Gemeinschaft, die immer aus beiden Elementen bestehe, auch der

⁹³ Gawlick (wie Anm. 9), S. 271f.

⁹⁴ Wenn man sie unter den Aspekten wie hiervor aufgezeigt liest.

⁹⁵ Luig, Klaus: Christian Thomasius, in: Stolleis, Michael (Hg.): *Staatsdenker in der frühen Neuzeit*, 3. Aufl., München 1995, S. 227–256, hier S. 230–235.

⁹⁶ Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), I.1 §§ 6f., 17 (S. 15 und 17).

⁹⁷ Ebd. § 56f. (S. 25).

⁹⁸ Ebd. § 58f. (S. 25).

⁹⁹ Ebd. § 76 (S. 27f.).

¹⁰⁰ Luig (wie Anm. 95), S. 231; Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), I.4 §§ 36ff. (S. 82f.).

¹⁰¹ Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), I.4 § 15f. (S. 79).

¹⁰² Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), § 42 (S. 83).

¹⁰³ Spinoza: TP Cap. 5 § 2 i.V.m. Cap. 10 § 9; Dazu: Senn, Marcel: *Frei denken – staatlich handeln*, in: Czelinski/Kisser/Schnepf/Senn/Stenzel (wie Anm. 15), S. 112–126, s. Beitrag 13, S. 217–233.

¹⁰⁴ Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 61), I.6 § 17 (S. 113).

¹⁰⁵ Ebd., I.6 § 21 (S. 114).

Zwangsnormen bedürfe.¹⁰⁶ Ein Rechtssystem funktioniere jedoch erst wirklich, wenn es nicht nur erzwungen, sondern aus Einsicht befolgt werde, weshalb das Nützliche mit dem Guten in Bezug auf die Selbsterhaltung verbunden werde.¹⁰⁷

Vor diesem Hintergrund spielt nach Gawlick der Einfluß der Schrift *Medicina Mentis* des Spinoza-Schülers Ehrenfried Walther von Tschirnhaus¹⁰⁸ eine maßgebliche Rolle, obschon Thomasius selbst auch ihn hart bekämpft hatte.¹⁰⁹

VIII. Ergebnis

Ziehen wir nunmehr ein Fazit: Gawlick wie Röd haben schon vor längerem darauf aufmerksam gemacht, daß es trotz abwertenden Zensuren offensichtliche Anleihen des Verfassers der *Fundamenta* insbesondere in der *Ethik* von Spinoza gebe. Röd sieht in der Kirchenpolitik des Thomasius die verbleibende eigentliche Divergenz der beiden Autoren.¹¹⁰ Doch auch diese Bastion scheint zu fallen, wenn – wie hier mit Bezug auf die neuesten Untersuchungen geltend gemacht wird – die Divergenzen in der Metaphysik entfallen, wenn sie im Licht der Säkularisierung betrachtet und beurteilt werden. Das Vokabular des Thomasius sollte einen ebenso wenig täuschen wie die Schärfe des Tons. Sie waren angesichts der Sanktionspraxis erforderlich, insbesondere sobald man wie Thomasius immer wieder selbst in den Verdacht des Atheismus kam.

¹⁰⁶ Röd (wie Anm. 61), S. 153.

¹⁰⁷ Ebd., S. 153f.

¹⁰⁸ Tschirnhaus hatte Spinoza in Holland kennen und schätzen gelernt. Nach einem Aufenthalt in England, für den er von Spinoza einigen Leuten empfohlen worden war, hielt er sich in Frankreich auf, wo er zusammen mit Leibniz darüber nachdachte, eine deutsche Akademie der Wissenschaften zu gründen, die dann aber wegen des Einfalls der Schweden nicht zustande kam. Er war erstes ausländisches Mitglied der Französischen Akademie der Wissenschaften. 1690 lehnte er einen Ruf als Kanzler an die neue Universität in Halle ab. In seinem Werk bezieht sich Tschirnhaus an einigen Stellen auf Spinoza, ohne diesen allerdings beim Namen zu nennen (Winter, Eduard: Der Bahnbrecher der deutschen Frühaufklärung E. W. von Tschirnhaus und die Frühaufklärung in Mittel- und Osteuropa, in: ders. (Hg.): E. W. von Tschirnhaus und die Frühaufklärung in Mittel- und Osteuropa, Berlin 1960, S. 1–82, hier S. 10f., 18 und 24).

¹⁰⁹ Gawlick (wie Anm. 9), S. 262f.; Künzel, Iris: Ist Tschirnhaus Spinozist? Die Polemik mit Christian Thomasius zu Grundproblemen der Ethik zwischen Spinoza und Tschirnhaus, in: *Prima philosophia*, Bd. 3 (1990) Heft 4, S. 473–483, hier S. 474; Wurtz, Jean-Paul: Tschirnhaus und die Spinozismusbeschuldigung: die Polemik mit Christian Thomasius, in: *Studia Leibnitiana. Zeitschrift für Geschichte der Philosophie und der Wissenschaften*, Bd. 13, 1981, S. 61–75, hier S. 67f., 71 und 74f.

¹¹⁰ Röd (wie Anm. 61), S. 154.

Damit dürfte die These, Thomasius sei zwar selbst kein Spinozist gewesen, er habe aber spinozistische Theorieelemente rezipiert, nachvollziehbar geworden sein. Zu bedenken ist stets der Hintergrund der Verfolgung von Dissidenten um 1700. Aber auch das schlechte und vor allem sachlich falsche Bild, das damals die Zeitgenossen von Spinoza zeichneten, ist vor dem Hintergrund einer arg bedrängten Sozialgruppe, der Theologen mit ihrer staatlichen Funktion im Übergang vom Konfessionalismus zur Aufklärung kritisch zu sehen. Spinoza wie Thomasius sind insbesondere gegenüber der theologischen Doktrin für mehr Freiheit eingetreten; dennoch hatten die Theologen in Spinoza, nicht in Thomasius ihren ärgsten Feind.

So könnten schließlich die revidierten Bilder von Spinoza und Thomasius, aber auch manch anderer Zeitgenossen, mehrere und größere Deckungsgleichheiten erhalten, wenn deren Schablonenhaftigkeit vor dem Begriff der neuen Freiheit endlich aufgeklärt würde.

Nur Wenige vermögen mit klarem und ruhigem Blick des Analytikers Leben und Werk Spinozas so verständlich zu vermitteln wie Manfred Walther. Der intellektuellen Redlichkeit verpflichtet, hat er sich stets als engagierter und verantwortungsbewusster Denker für die Sache Spinozas ausgezeichnet. M. S.

Frei denken – staatlich handeln*

Inhaltsübersicht

I.	Zwei Diskurse – ein Ziel?	217
II.	Grundgedanken der Philosophie Spinozas	219
	A. Salomo oder Spinoza	219
	B. Selbstbestimmende Existenz in einer Welt der Notwendigkeit	220
	C. Natürliches Grundgesetz und positive Rechtsordnung	223
	D. Demokratie als Ausdruck der Vernunft	224
III.	Die beiden politischen Diskurse vor dem ethischen Hintergrund	226
	A. Politischer Traktat	226
	B. Theologisch-Politischer Traktat	229
IV.	Bilanz	232

I. Zwei Diskurse – ein Ziel?

In der Einleitung zu seinem *Politischen Traktat* schreibt Spinoza, es sei für die Sicherheit des Staates ohne Belang, welche Gesinnung Menschen veranlasse, ihre öffentlichen Angelegenheiten richtig (d.h. den Rechtsgesetzen gemäß) zu verwalten, wenn sie es nur täten, weil Gesinnung und Charakter individuelle und somit private Eigenschaften seien, der Staat jedoch nur die Sicherheit, diese aber

* Erstpublikation in: Transformation der Metaphysik in die Moderne. Zur Gegenwärtigkeit der theoretischen und praktischen Philosophie Spinozas. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, hrsg. v. Michael Czelinski, Thomas Kisser, Robert Schnepf, Marcel Senn, Jürgen Stenzel, Würzburg: Königshausen & Neumann 2003, S. 112–126.

unbedingt zu garantieren habe (TP I/6). Der Zweck des Staats, so lesen wir im fünften Kapitel weiter, sei es, Sicherheit und Frieden des Lebens zu gewährleisten; dadurch unterscheide er sich vom Kriegs- und Naturzustand (TP V/2). Die Rechtsgesetze, die Spinoza als die Seele des Staats bezeichnet (TP X/9), definieren die Grenze zwischen den Zuständen von Frieden und Krieg (TP III/3+6; V/2). Die Achtung der Gesetze bedeutet somit Frieden, denn der Staat ist der Ausdruck des Rechts, ihre Missachtung dagegen bedeutet Krieg, weil die Willkür der Einzelnen zur Unordnung des Gemeinwesens führt (TP III/12+13).

Doch worauf beruht die Achtung der Rechtsgesetze, so dass Menschen berechenbar und nicht spontan nach subjektiven Empfindungen handeln? Spinoza sagt: Recht beruht auf Macht (TP III/2). Also erzeugt Macht Achtung. Aber welche Macht erzeugt Achtung? Macht, die sich durch physische Gewalt und Unterdrückung ausdrückt, erzeugt gewiss keine (nachhaltige) Achtung. Achtung erzeugt nur jene Macht, die auf natürliche Weise die Menschen intellektuell und psychisch berührt und bewegt. Daher beruht das Recht des Staats wohl auf äußerer Gewalt; die zwingt und die man fürchtet, aber jene Macht, die Menschenwirklich anzieht und vereint, so dass sie «wie von einem Geiste» geleitet werden, ist größer und stärker (TP III/2+7; II/21). Sie ist eine Mächtigkeit, die Seele und Geist erfasst; darauf müssen die Rechtsgesetze eines Staates beruhen. Denn Staatswesen und Rechtsgesetze bleiben nur intakt, wenn sie ihre Stütze gleichermaßen in der Vernunft und Affektivität der Menschen haben (TP X/9). Dieser «eine» Geist der Rechtsunterworfenen gilt dann als das «Prinzip des Gemeinwesens» (TP III/3), das es den Einzelnen untersagt, nach ihrer je eigenen Sinnesart zu leben, in eigener Sache zu richten (TP III/3), über Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit (öffentlich) zu entscheiden (TP III/5) oder die Rechtsgesetze nach eigenem Gutdünken auszulegen (TP III/4).

Diese Argumentation Spinozas im *Politischen Traktat* ist einsichtig und überzeugt wohl auch deshalb, weil sie mit einer jüngeren, weitaus wirkungsmächtigeren Denktradition als dem Spinozismus übereinstimmt, nämlich mit den Anschauungen der Aufklärungsphilosophie und der französischen Revolution, wie sie Rousseau¹ und Kant² vertreten haben.

¹ Vgl. Manfred Walther, Kommunalismus und Vertragstheorie. Althusius – Hobbes – Spinoza – Rousseau oder Tradition und Gestaltwandel einer politischen Erfahrung, in: *Theorien kommunaler Ordnung in Europa*, hrsg. v. Peter Blickle. München: Oldenbourg, 1996, S. 127–162, insb. 154 und 162 (Schriften des Historischen Kollegs/Kolloquien, Bd. 36).

² Vgl. Marcel Senn, Ethik und Recht bei Kant und Spinoza, in: *Zur Aktualität der Ethik Spinozas*, hrsg. v. Klaus Hammacher, Irma Reimers-Tovote und Manfred Walther. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2000, S. 279–316 (Schriftenreihe der Spinoza-Gesellschaft, Bd. 7).

Doch wie lässt sich diese die Staatsmacht und die Rechtsgesetze fokussierende Perspektive Spinozas aus den Jahren 1675/6 mit den revolutionären Ansichten Spinozas im *Theologisch-Politischen Traktat* von Ende der sechziger Jahre vereinbaren? Dort bezeichnete Spinoza die Freiheit der Menschen noch als den Hauptzweck des Staats (TTP XX:301), dort zog er gegen Vorurteile und Missachtung der Andersdenkenden im Namen der *libertas philosophandi* zu Felde (TTP Praef7+11) und dort behauptete er auch, dass erst diese Freiheit Frieden und Frömmigkeit im Staat gewährleistet (TTP Motto+XVI:232f.+XX:301).

Zur Erklärung kann man die Ereignisse des Jahres 1672 anführen, als die Republik der Niederlande durch den Mord am Regenten de Witt (und seinem Bruder) erschüttert wurde und die dadurch auch einen folgenreichen politischen Umsturz erlebte; lange mutmasste man, diese Situation sei selbst eine Bedrohung für Spinoza gewesen, der mit de Witt sympathisiert hatte?³

Doch vielleicht schliesst der eine den anderen Diskurs gar nicht aus? Spinoza jedenfalls setzt die Kenntnis des *Theologisch-Politischen Traktats* und der *Ethica* für das Verständnis des *Politischen Traktats* ausdrücklich voraus (TP II/1) und im vierten Kapitel der *Ethica* (E IVP65–73) zitiert er (wenn auch implizit) aus dem TTP (XVI:235–241, XX:301ff., 307ff.). Wir haben also davon auszugehen, dass keine intendierten Widersprüche vorhanden sind, sondern dass sich Politik und Recht auf ein Fundament der Ethik beziehen, das zu beachten ist.⁴

II. Grundgedanken der Philosophie Spinozas

A. Salomo oder Spinoza

Für diesen Rückbezug der Politik auf die Ethik spricht sich Spinoza bereits im TTP aus, also noch vor der Ausarbeitung der *Ethica*. Dort verweist er ausdrücklich auf den vorbildlichen biblischen König Salomo, dessen Ansichten sich mit den seinigen deckten, denn Salomo spreche jenes Wissen aus, das die wahre Ethik und Politik im Kern enthalte und die darin bestehe, dass unser Wissen allein aus der Idee oder Erkenntnis Gottes, des unbedingt unendlichen Wesens,

³ Vgl. die vorzügliche, neue Darstellung von Wolfgang Röd, *Benedictus Spinoza. Eine Einführung*. Stuttgart: Reclam, 2002, S. 41f.

⁴ Vgl. eingehend Manfred Walther, *Politische und ethische Freiheit oder Spinozas Dialektik der Freiheit*, in: *Ethik, Recht und Politik bei Spinoza. Vorträge des 6. Internationalen Kongresses der Spinoza Gesellschaft*, hrsg. v. Marcel Senn und Manfred Walther. Zürich: Schulthess, 2001, S. 89–103.

hervorgehe. Dieses Wissen aber bringe (im Leben des Einzelnen wie in der staatlichen Gemeinschaft) allein Ruhe und Glück, weil dieses nicht von äußeren Umständen, sondern nur von der inneren Tüchtigkeit des Einzelnen abhängt (TTP IV: 76 f.). Daher seien die Weisen friedlich und beständig, die Gottlosen dagegen affektgetrieben und wankelmütig. Die richtige Erkenntnis verbürge, so Spinoza, auch die richtige Lebensweise und bringe inneren und schließlich auch äußeren Frieden (TTP IV: 68), wodurch sich die Erkenntnis selbst als richtig (bzw. falsch) erweise.

Die Ruhe des Intellekts also entspringt innerer Tüchtigkeit, d.h. richtiger Gotteserkenntnis. Die Lehre der Gotteserkenntnis, wie sie Spinoza in seiner Ethik formuliert, ist somit eine Anleitung oder Methodologie zur Glückseligkeit, die auf der inneren Freiheit des Menschen beruht, jedoch des äußeren Friedens der Gemeinschaft zu dessen Verwirklichung bedarf.⁵ Der Rechtsstaat ermöglicht diesen äußeren Frieden, indem er die Rahmenbedingungen für ein Leben in Eintracht schafft (TP V/2+4). Doch bedeutet Eintracht nicht einen Zustand der Art, dass er einer Einöde oder Sklaverei gleichkommt, so dass sich die Menschen wie Vieh halten lassen (TP V/4); Eintracht bedeutet, vielmehr, dass wahre Tüchtigkeit und wahres Geistesleben, oder was man schlechthin Vernunft nennt, entsteht (TP V/5). Staat und Politik sind daher Instrumente der Konkretisierung von Ruhe und Glückseligkeit und dienen somit der Realisierung der göttlichen Tugenden in unserem Dasein (E VP36+P42S).

B. Selbstbestimmende Existenz in einer Welt der Notwendigkeit

Dasein bzw. Existenz ist der Schlüsselbegriff in Spinozas *Ethica*, gleichviel ob nun von Gott, der Natur oder auch nur vom Menschen als Modus der Natur bzw. Gottes die Rede ist. Denn Gott ist die «Ursache seiner selbst» (E IDef1) und daher etwas, «das nur kraft der Notwendigkeit seiner Natur, und allein durch sich selbst zum Handeln bestimmt wird»; dagegen ist der Mensch «notwendig... oder besser gezwungen, das Ding, das von einem anderen bestimmt wird, auf gewisse und bestimmte Weise zu existieren und zu wirken» (E IDef7).⁶

⁵ Vgl. Marcel Senn, Spinoza und die Diskursethik, in: *Spinoza and Modernity: Ethics and Politics*. Studia Spinozana 9 (1993), S. 297–331, insb. 299, s. Beitrag 18, S. 327–358.

⁶ Zur Erkenntnismöglichkeit und normativen Qualität dieser Strukturbedingungen vgl. Robert Schnepf, *Metaphysik im ersten Teil der Ethik Spinozas*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1996 (Schriften der Spinoza Gesellschaft, Bd. 4).

Was Spinoza hier mit Bezug auf «jenes ewige und unendliche Wesen» feststellt, «das wir Gott oder die Natur heißen, (und das) handelt mit derselben Notwendigkeit, mit der es existiert, handelt es doch ... infolge derselben Notwendigkeit, der zufolge es existiert» (E IVPraef), gilt, wenn auch nur bedingt, in Bezug auf den Menschen: «Die Einzeldinge sind nämlich ... Modi, durch die Gottes Attribute auf gewisse und bestimmte Weise ausgedrückt werden, das heißt ... Dinge, die die Macht Gottes, durch die Gott ist und handelt, auf gewisse und bestimmte Weise ausdrücken; und kein Ding hat ... etwas in sich, wovon es zerstört werden könnte oder was seine Existenz aufhöbe; vielmehr ist es umgekehrt ... all dem, was seine Existenz aufheben kann, entgegengesetzt; und folglich strebt es, so viel es kann und so viel an ihm ist, in seinem Sein zu beharren» (E IIP6D). Daraus resultiert das natürliche Grundgesetz aller Existenz: «Jedes Ding strebt, soviel an ihm ist, in seinem Sein zu beharren» (E IIP6), weshalb «niemand ... sein Sein eines anderen Dinges wegen zu erhalten [strebt]» (E IVP25). Der vernünftige Mensch lebt daher notwendig ethisch, d.h. mit dem Selbsterhaltungstrieb seiner Natur übereinstimmend. Er begreift sich unter dem Gesichtspunkt der Ewigkeit dieses Strukturprinzips selbst als Teil des Lebens und somit jener Gesamtordnung Gottes oder der Natur, durch diese Einsicht gelangt er in immer größere Nähe zu Gott und Natur (E IVP37+P68C+VP22ff.).

Da es aber unmöglich ist, «dass der Mensch kein Teil der Natur sei» (E IVP4) bzw. die «Kraft, mit der der Mensch im Existieren beharrt, ... beschränkt [ist] und von der Kraft der äußeren Ursachen unendlich übertroffen» wird (E IVP3), folgt daraus, dass der Mensch «der gemeinsamen Ordnung der Natur folgt und ihr gehorcht und sich ihr, soweit die Natur der Dinge es verlangt, anpasst» (E IVP4C). Analog zur vorerwähnten Definition 7 des ersten Teils der *Ethica*, wonach derjenige gezwungen lebt, dessen Existenz fremdbestimmt ist, dagegen frei lebt, wer kraft der Notwendigkeit seiner Natur durch sich selbst bestimmt handelt, übernimmt der Intellekt, der die Notwendigkeit der eigenen natürlichen Bedingtheit erkennt, die Funktion der Selbstbestimmung (E IVP67D). Der Unterschied zwischen einem geknechteten und einem freien Menschen besteht darin, dass der Geknechtete seinen Affekten oder der (fremden) Meinung folgt und gar nicht weiss, was er tut, während der Freie «niemandem zu Willen als sich selbst [ist] und ... nur das tut, was er als das Wichtigste im Leben erkennt und deswegen am meisten begehrt» (E IVP66S). Bedingung dafür ist, dass er das natürliche Grundgesetz reflektiert, das aller Existenz zugrunde liegt, wonach stets «nach der Leitung der Vernunft ... von zwei Gütern dem größeren ... und von zwei Übeln dem kleineren» nachgegangen wird (E IVP65).

Die Freiheit des Menschen zur Lebensgestaltung besteht darin, nach der Vernunft, die die natürliche Bedingtheit und den Wirkungszusammenhang unserer Existenz durchschaut und begreift, selbsterhaltend zu handeln und zu leben. Dadurch erst wird der Determinismus der Existenz transparent und in der Folge auch steuerbar. Doch stets bleibt der Mensch, was er seit je war, nämlich ein Teil der Natur – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Darauf kann er sich aber vernünftig einstellen und damit schöpft er Freiheit aus der Notwendigkeit seiner Existenz. Er kann in den ihm gegebenen Möglichkeiten ein bedingt freies Wesen kraft seines Intellekts sein. Darin stimmen die affektiv stets unterschiedlich handelnden Menschen überein, wenn «sie nach der Leitung der Vernunft leben, und nur insofern, notwendigerweise das tun, was für die menschliche Natur und folglich für einen jeden Menschen notwendig gut ist, das heißt ... was mit der Natur eines jeden Menschen übereinstimmt ... » (E IVP35D).

Alle handeln auf der Basis des Selbsterhaltungstriebes (E IIP6). Der Selbsterhaltungstrieb im Sinne Spinozas darf jedoch nicht als ein Willensprinzip missverstanden werden, wie es für Subjektivismus und Sozialdarwinismus im 19. Jahrhundert typisch war.⁷ Vielmehr besagt das Selbsterhaltungsprinzip nur, dass das Selbsterhaltungsstreben als allgemeines Lebens- und Organisationsgesetz unsere Existenz prägt und wir über die intellektuelle Befähigung, diesen Zusammenhang zu erkennen, von Natur aus immer schon auch verfügen. Diese Einsicht ermöglicht zwar keinen Ausstieg aus der Kausalität – wovon die meisten aber träumen –, denn wir bleiben zeitlebens in sie eingebunden. Diese Einsicht aber lässt uns nun erst tiefer ins Leben überhaupt und insbesondere ins eigene erkennend eindringen, insofern und insoweit jemand sich dadurch auch immer mehr als ein Teil Gottes oder der Natur erfährt und versteht, und er deshalb – durchaus im Sinne des Kantschen kategorischen Imperativs – auch einsieht, gerade so und nicht anders handeln zu können. Von daher macht die Rede Spinozas auch einen präzisen Sinn, der Mensch sei dem Menschen ein Gott (E IVP35S).

⁷ So wurden der Beginn von TTP XVI sowie TP II im Sinn einer Gleichsetzung und Apologie von Macht (der Politischen Gewalt) und Recht missverstanden. Man verkannte damit gerade, dass und wie Spinoza hier nur den Naturzustand, der gegenüber dem Rechtszustand noch indifferent ist, beschreibt, insofern die Menschen ja immer in einem verrechtlichten Zustand leben (TP I/3+6). Durch die Analyse des natürlichen Rechtszustands wird die Realität erst intellektuell transparent und beherrschbar. Nicht die Apotheose von physischer Gewalt, sondern das seelische und geistige Vermögen ist Thema der Mächtigkeit (TP II/11); die Zivilisation erfolgt durch die Kraft des Intellekts und nicht des Körpers (TP V/5); zu dieser Problematik insgesamt vgl. Marcel Senn, *A nagy halak és a kis halak jogairól. Spinoza jogról szóló tantításának jelentőségéről*. In: *Individuum, közösség és jog Spinoza filozófiájában*, hrsg. v. Gábor Boros, Budapest: Áron Kiadó 2000, S. 47–74.

C. Natürliches Grundgesetz und positive Rechtsordnung⁸

Spinoza wendet die ethische Grundlegung im vierten und fünften Teil der *Ethica* auf den Menschen als politisches und somit rechtliches Wesen an. Dies verdeutlicht die fundamentale Relevanz der Gottesidee auch für die Konzeption des Rechts. Der Rechtsbegriff wird somit aus der Ethik und ihren erkenntnistheoretischen Prämissen entwickelt.⁹ Die Einsicht in die Wirkungsmacht der natürlichen Prinzipien verlangt, die Realität in ihrer effektiven Funktionsweise ernst zu nehmen, damit wir durch die «wahre» Erkenntnis der uns bestimmenden Notwendigkeit zugleich soweit in Freiheit gelangen, dass wir uns aus eigener Macht selbst bestimmen. Eine Freiheit, die sich nicht aus der Erkenntnis dieser Wirklichkeitsbedingtheit heraus bestimmt, ist eine bloß eingebildete und führt (früher oder später) zu schmerzlicher *Enttäuschung*.

Bereits dieser Erkenntnisschritt macht einsichtig, dass das natürliche Recht des Einzelnen im Naturzustand eindeutig weniger zu bewirken vermag als das natürliche Recht Mehrerer oder sogar Aller. Diese Einsicht in die «natürliche Sozialmechanik» überführt den Naturzustand in einen bewussteren Rechtszustand: Wenn also zwei oder mehrere von Natur regelmäßig auch unterschiedlich kräftige und begabte Menschen ihr Zusammenleben koordinieren, so erzeugen sie durch ihr faktisches (konkludentes) Verhalten ein gemeinsames, ihren Bedürfnissen selbstverständlich angepasstes Recht. Aus immanenter Vernunft ihres (noch) unreflektierten Handelns «vertragen» sie sich nach gemeinsamen, durch ihr Handeln bestimmten Regeln.

Unsere Natur macht uns aber nicht nur zu unbewusst Handelnden, sondern sie gibt uns gleichzeitig auch die intellektuelle Macht, diese Sozialmechanik zu durchschauen und zu verstehen sowie uns danach zu richten oder nicht. Unserer Erkenntnis können wir also insoweit folgen, als wir die «wahre» Ordnung der Dinge und Beziehungen einsehen, die darin besteht, dass der Staat letztlich mehr

⁸ Dazu die wegleitenden Beiträge von Manfred Walther, Spinoza und der Rechtspositivismus. Affinitäten der Rechtstheorie Spinozas und der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (1982), S. 407–419; Ders., Die Transformation des Naturrechts in der Rechtsphilosophie Spinozas, in: *Studia Spinozana I* (1985,) S. 73–104; Ders., Freiheit und Notwendigkeit. Die Umgestaltung der praktischen Philosophie durch Spinoza als Irritation und Provokation des ethischen und politischen Denkens der Neuzeit, in: *Freiheit und Notwendigkeit Ethische und politische Aspekte bei Spinoza und in der Geschichte des (Anti-)Spinozismus*, hrsg. von Etienne Balibar/Helmut Seidel/Manfred Walther. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1994, S. 11–19.

⁹ Gail Belaief, *Spinoza's Philosophy of Law*. The Hague/Paris: Mouton, 1971, S. 54–99 (Studies in Philosophy, Bd. 24).

Vorteile als Nachteile für jeden mit sich bringt, und dass es von daher nützlich(er) ist, sich in einem Staate bewusst friedlich zusammenzuschließen, statt einander zu bedrohen und sich das Leben gegenseitig zu erschweren (TTP XVI:234–236; E IVP35–40; TP V). Vor diesem Hintergrund stellt sich nur noch die Frage, *wie* wir unsere Kräfte am besten nutzen und unsere Lebensgrundlagen verbessern.

Die Vernunft weiss darauf Antwort (E IVP18C+IVP68C). Sie schafft ein «vernünftiges» und somit auch sicheres Recht der bisher bloß «natürlichen» Vergesellschaftung (E IVP35–40). Folglich lässt sich im Staat auch freier und besser leben, wenn das Recht aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses gilt (E IVP73).

D. Demokratie als Ausdruck der Vernunft

Die Gestalt des Selbsterhaltungstrebens Aller gibt im Grunde auch die Art und Weise des politischen Sozialarrangements vor. Spinozas Demokratietheorie ist die konkrete Konstitution des Politischen auf der Basis seiner Ethik.

Da die *Ethica* 1670 aber noch nicht geschrieben ist, muss der Ansatz des Selbsterhaltungssaxioms im TTP noch aus der Beobachtung des unmittelbaren Lebenswandels, der bei allen Menschen derselbe ist (TTP Praef:7), bzw. aus der Geschichte – und mit Blick auf die verschiedenen religiösen Kulturen – daher auch aus ihrer Religionsgeschichte entwickelt werden. Aus diesem Grunde stellt Spinoza fest, es sei mit Blick auf die menschliche Gesellschaft und den profanen Staat belanglos, ob einer Türke, Heide, Jude oder Christ sei. Man erkenne zwar diese Gruppierungen an ihren äußeren Merkmalen wie Kleidung, Kirchgang, Ritual, Brauchtum – Elemente aber, die in keinem ersichtlich notwendigen Zusammenhang zum Leben oder zum Staat stünden. Denn als menschliche Lebewesen agieren und reagieren wir alle gleich, stets auf unseren Vorteil bedacht, den wir aber oft mit den akkulturierten Interessen verwechseln und deshalb nach vermeintlichen (statt vernünftigen) Vorteilen streben, die unserer Selbsterhaltung vielleicht fremd sind oder sie sogar zerstören.

Trotz seiner je bestimmten Akkulturation bleibt der Mensch, was er ist, nämlich ein Teil der Natur. Insofern stimmen alle Menschen auch stets dann überein, wenn «sie ... notwendigerweise das tun, was für die menschliche Natur und folglich für einen jeden Menschen notwendig gut ist, das heißt ... was mit der Natur eines jeden Menschen übereinstimmt ... » (E IVP35D), selbst wenn sie kulturell und religiös verschieden geprägt sind. Man handelt folglich erst dann vernünftig, wenn der angestrebte Vorteil unter dem Aspekt der Dauerhaftigkeit für alle Men-

schen gleichermassen und somit ohne Unterschied ihrer Affektion und Akkulturation besteht. Darin besteht dann auch die Freiheit des Menschen, nämlich gemäß der Vernunft, die die natürliche Bedingtheit und den Wirkungszusammenhang unserer Existenz einsichtig macht, selbsterhaltend zu leben und zu handeln.

Spinozas Demokratietheorie muss entsprechend als Versuch gelesen werden, die politische Passivität der Menschen im monarchischen Regime des Absolutismus in eine aktive politische Selbstbestimmung als bewusste Bürger zu überführen. Diese Umsetzung stand jedoch im Spannungsfeld der gegensätzlichen Interessen zwischen Fürst und Volk und konnte sich daher nicht störungsfrei entwickeln. Die Transformation des natürlichen Grundgesetzes in die politische Kongruenzform der Demokratie war revolutionär und verlangte das Unmögliche im Verhältnis zur politischen Ordnung, nämlich Kooperation durch Partnerschaft. Mitten im 16. Kapitel des TTP führt Spinoza dazu aus, er glaube nun «die Grundlagen einer demokratischen Regierung hinlänglich klar dargelegt zu haben. Ich habe diese lieber als alle anderen behandelt, weil sie, wie mir scheint, die natürlichste ist und der Freiheit, welche die Natur jedem einzelnen gewährt, am nächsten kommt. Denn bei ihr überträgt niemand sein Recht derart auf einen anderen, dass er selbst fortan nicht mehr zu Rate gezogen wird; vielmehr überträgt er es auf die Mehrheit der gesamten Gesellschaft, von der er selbst ein Teil ist. Auf diese Weise bleiben alle gleich, wie sie es vorher im Naturzustand waren» (TTP XVI:240).

Nach der politischen Wende von 1672, die den Zusammenbruch des grossbürgerlichen und freiheitlichen Regiments von de Witt bedeutete, musste Spinoza die Grundlagen dieser Koexistenz mit Blick auf die veränderte Realpolitik neu definieren, und dies hiess, sie unter allen drei bekannten Herrschaftsformen der Monarchie, Aristokratie und Demokratie darstellen.¹⁰ Wir wollen uns im Folgenden mit den grundsätzlichen Erwägungen der ersten fünf Kapitel des *Politischen*

¹⁰ Es kann deshalb aber von keiner Gleichrangigkeit der Staatsformen bei Spinoza im TP gesprochen werden. Die Ansätze seiner Rechts- (TP X/9), Evolutions- (VIII/12) und Machttheorie (IV/4–6) im TP widersprechen solcher Behauptung genauso wie die gesamte Konzeption des *Politischen Traktats* überhaupt. Man muss, wie so oft auch hier, die Bedeutung einer gewichtigen Aussage aus dem gesamten Konzept und nicht nur aus einzelnen Begriffselementen erarbeiten. Die Anordnung der Staatsformen im Besonderen Teil und die Vermittlung der Aussagen dieses Teils mit der Entwicklung der allgemeinen Staatslehre in den Kap. I–V des TP zeigen deutlich genug, dass der Begriff der Demokratie im TP von 1675 genauso zentral ist wie im TTP von 1670. Der TP ist daher als Weiterentwicklung der Grundstruktur des Demokratiebegriffs gemäß TTP und nicht als dessen Aufhebung zu lesen (Manfred Walther, Artikel «Baruch de Spinoza. Tractatus politicus», in: Grosses Werklexikon der Philosophie, hrsg. v. Franco Volpi. Stuttgart: Körner, 1999, Bd. 2, S. 1434–37, S. 1437).

Traktats begnügen, zumal Spinoza seines frühen Todes wegen nicht mehr die Gelegenheit hatte, sein Werk zu vollenden und alle drei Herrschaftsformen abzuhandeln.

III. Die beiden politischen Diskurse vor dem ethischen Hintergrund

Die Aussagen der beiden politischen Diskurse sind nun unter dem Anspruch der Spinozaschen Ethik, eine philosophische Theorie der Praxis zu sein, zu prüfen.

A. Politischer Traktat

Halten wir nochmals fest, dass der *Politische Traktat* rund fünf Jahre nach den Ereignissen von 1672 und nach der Erarbeitung einer ausgefeilten (geometrisch konzipierten) Theorie der Ethik geschrieben wurde, dann wird die besondere Gewichtung der Affekte im TP nun verständlicher.

«Affekte» – dies ist das erste Wort im und zugleich der letzte Aspekt des TP, der erörtert wird (TP XI/4). Wer die Affekte verlache (TP I/1), erkenne das wirkliche Wesen oder die Konstitution der Menschen (TP I/5+7). Denn in der Natur sei nichts fehlerhaft eingerichtet: Alles, was ist, ist notwendig (E IIIPraef) – so auch die Affekte. Daher sollten wir die Dinge vernünftig, d.h. unter einer gewissen Art der Ewigkeit erkennen (E IIP44C2+D). Dies gilt auch hinsichtlich des affektiven Antriebssystems. Im TTP kommt den Affekten diese Bedeutung noch nicht zu: Der TTP ist der politischen Aufklärungsphilosophie verpflichtet, die sich gegen die Instrumentalisierung der Religion durch die absolutistische Monarchie im 17. Jahrhundert wendet (TTP Praef 5f.+Kap. XIX:294+XX:306ff),¹¹ weshalb er noch stärker auf Vernunft bzw. Rationalität baut, die Frieden statt Zerstörung lehren (TTP XVI:239 inkl. Anm. 1). Der TP erweist sich darin weitaus vorsichtiger: Der Weg, den die Vernunft vorgebe, sei schwierig und ende meist als Märchen oder im Traum vom Goldenen Zeitalter (TP I/5). Daher kann, ja darf sich ein Staat, dessen Zweck die Sicherheit aller Menschen ist, weder auf die Gesinnungen der Menschen noch auf den Appell an die Vernunft verlassen, erweisen sich diese doch stets als ziemlich instabile Elemente (TP I/6).

¹¹ Vgl. Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, Zürich: Schulthess, 2. Aufl. 1999, Kap. 10.

Wie aber lässt sich ein stabiler Staat errichten? Die Naturrechtslehre von Hobbes bis Montesquieu und Rousseau beschreibt eine Transformation vom natürlichen zum staatlichen Zustand. Der Status-Wechsel wird mittels Kontrakt rational bewerkstelligt. Nicht so bei Spinoza, denn dies wäre bloß fiktiv. Die beiden Seinsweisen sind als solche zwar unterscheidbar, doch sie sind und bleiben ineinander verschränkt (TP II/2; III/3; IV/5+6; V/2 [*in fine*]; Ep 50). Die zentrale Frage betrifft daher nicht die Aufhebung oder Überführung des natürlichen in den staatlichen Zustand, sondern die Frage zielt einzig auf das Vermögen zur Abgrenzung des staatlichen vom natürlichen Zustand, so dass der natürliche nicht, jedenfalls nicht fortwährend, den rechtlichen stört bzw. unterläuft.¹²

Spinoza ist der Einzige der modernen Gesellschaftsphilosophen seiner Zeit, der erklären kann, weshalb irrationale Ereignisse wie Revolutionen, Bürgerkriege oder Vertragsbrüche stattfinden können (TP IV/6¹³+VIII/12). Selbsterhaltungstrieb (TP III/18; V/1) und Neid (TP VIII/12) bewirken nach Spinoza diese Veränderungen. Wenn also beide Zustände stets gegenwärtig sind – wovon das gesamte Kap. II des TP handelt –, dann ist dieser Tatsache auch höchste Beachtung zu schenken. Denn Menschen werden nicht als Staatsbürger geboren, sondern dazu erzogen (TP V/2). Deshalb kann realpolitisch und darf wissenschaftsanalytisch die Affektivität der Menschen nie ausser Betracht gelassen werden.

Da der Affektivität eine solch zentrale Relevanz zukommt, lässt sich mit Grund sagen, dass alles Recht letztlich auf der Macht beruhe, die diese Affektivität beherrscht (TP III/2¹⁴). Es ist deshalb unverzichtbar, diese Wirklichkeit zu kennen,

¹² Besonders klar kommt dies in TP IV /5 zum Ausdruck: Die den «Regeln unterliegenden Ursachen für Furcht und Achtung, die ein Gemeinwesen im eigenen Interesse zu beachten gehalten ist, gehören nicht zu den vom Staat erlassenen Rechtsgesetzen, sondern in das Feld des natürlichen Rechts, weil sie ja (nach dem vorherigen §) kraft des Rechts des Krieges beansprucht werden können und nicht kraft des staatlichen Rechts. Ein Gemeinwesen ist nur in dem Sinne an sie gebunden, in dem ein Mensch im Naturzustand, um unter eigenem Recht stehen zu können, d.h. um nicht sein eigener Feind zu sein, gehalten ist, Vorsorge gegen den eigenen Untergang zu treffen. Diese Vorsicht hat nichts mit Unterwerfung zu tun; sie gehört vielmehr zu der in der menschlichen Natur verankerten Freiheit. Die erlassenen Rechtsgesetze hängen dagegen allein von dem Beschluss des Gemeinwesens ab ... ».

¹³ Vgl. ferner: TP II/12f. (zwischen Menschen), III/13f. (zwischen Staaten), wobei dem Treueaspekt (dem vom Kirchenrecht und der Moraltheologie entwickelten Rechtssatz «pacta sunt servanda») grosse Bedeutung zugemessen wird (TP III/16f.), denn Spinoza analysiert – normiert nicht – die Sozialmechanik (TP III/18).

¹⁴ Dabei verweist TP III/2 auf TP II/15, die zentrale Referenzstelle des TP (III/6, 12; V/3). Spinoza spricht darin etwas Wesentliches aus: Die Scholastiker hätten mit ihrer Annahme Recht gehabt, dass Menschen nicht alleine sondern im Verband leben müssten, denn es wäre für die Menschen kaum möglich, «ohne wechselseitige Hilfe ihr Leben auszuhalten und ihren Geist auszubilden».

weil nur diejenigen mächtig sind, die vernünftig genug sind, die realen Machtverhältnisse zu erkennen (TP V/1). Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen wird nun auch verständlich, dass die Summe der «Willküren» der Einzelnen als Bündel psychischer und intellektueller Macht die Basis des staatlichen Rechts abgibt, und dass deshalb der Ausdruck «wie von einem Geiste geleitet» (TP III/2+5) der Ausdruck für die «volonté générale» ist, die Rousseau Mitte des 18. Jahrhunderts in die politische Diskussion einführt. Insofern ist «das Recht des Gemeinwesens ... durch die Macht der Menge, die wie von einem Geiste geleitet wird, bestimmt» (TP III/7), weil die Eintracht zur Friedenssicherung im Staat hergestellt werden soll (TP III/10). Es ist daher nur folgerichtig, die staatlichen Gesetze auch zu befolgen. Je freier eine Person im Sinn ihrer intellektuellen Tüchtigkeit (TP II/11) ist, desto eher wird sie, so Spinoza, die Rechtsgesetze des Staats beachten (TP III/6); dies gilt überdies umso mehr dann, wenn die Menge aus eigener Freiheit ihren Staat selbst eingerichtet hat (TP V/6).

Allerdings lassen sich Gesetze nicht frei erfinden bzw. beliebig konstruieren. Es gibt so etwas wie «minima moralia» als objektiven Tatbestand. Der Grund dafür liegt in der erwähnten Verschränkung der natürlichen mit der zivilen (bzw. legalen) Machtebene; man könnte auch sagen, die natürliche sei durch die staatliche zwar korrigiert worden, sie lauiere indessen nur darauf, die staatliche, wenn diese ihre Aufgabe nicht erfülle, auch ihrerseits wieder zu korrigieren. In TP IV/4 f. wird dazu ausgeführt, dass ein Gemeinwesen oder eine Regierung durch das elementare Prinzip der Selbsterhaltung gewisse Regeln zu respektieren habe. Man könne also nicht beliebig schalten und walten, weil die Handelnden nicht alleine über die Sachen verfügten – wie sie sich selbstgefällig einbildeten –, sondern diesen komme eine Eigenmacht zu. So wenig man nämlich einen Tisch Gras fressen lassen könne, so wenig eben könne man Prinzipien der Staatspolitik übergehen, ohne die Affekte der Menge in der Weise zu bewegen, dass ihre Reaktion zum Sturz des Regimes oder zum Umsturz der Staatsverfassung führe. Ein Staat also müsse jene Grundsätze beachten, die Achtung und Furcht erzeugten, um Abgrenzungen zu markieren und Stabilität zu erzielen. Fakten und Fiktionen sind daher klar zu trennen. Wer dies nicht tut, unterläuft die Selbsterhaltung des Gemeinwesens.

Es erhellt nun auch, was jene Sätze aus dem *Politischen Traktat* wirklich bedeuten, Gesinnungen von Einzelnen seien so instabil wie ihre vermeintlichen Interessen, das Recht aber müsse auf stabiler Grundlage und dies heiße auf einem gelebten Konsens Aller beruhen, die diesem Recht unterworfen sind. Nur so werde die Funktion der Sicherheit des Lebens Aller durch den Rechtsstaat auch gewährleistet. Um diesen Zweck zu erreichen, muss der Geist der Menge ein-

trächtig bzw. die Menge «wie von einem Geiste geleitet» sein. «Wie von einem Geiste geleitet» heißt aber nicht, die Menge habe einer Parteimeinung zu folgen oder sei einem kollektivistischen «Einheitsgeist» hörig; gemeint ist vielmehr, die Willkür der Einzelnen müsse im gemeinsamen Friedensinteresse als «volonté générale» verstanden bzw. als Grundkonsens des gelebten Staatswesens aufgefasst werden. Dieser Geist zur Gemeinschaft selbst ist ein natürlicher und nicht ein gewillkürter: Er resultiert aus dem Zusammenleben und nicht durch Beschluss¹⁵ – daher die umschreibende Form «wie von einem Geiste geleitet». Denn die Freiheit ist das Grundmotiv der Staatsbildung (TP V/6), dessen Zweck aber Frieden und Sicherheit (TP V/2) ist. Und danach lassen sich die konkreten Regierungsformen jeweils auch einrichten.

B. Theologisch-Politischer Traktat

Die massgebliche Differenz zwischen den beiden politischen Schriften Spinozas zeigt sich in der Veränderung des Fokus auf die Regierungsformen. Im *Politischen Traktat* verarbeitet Spinoza seine Erfahrung von 1672 nach der Ermordung der Gebrüder de Witt durch den aufgehetzten Pöbel und der Übernahme der politischen Macht durch Wilhelm von Oranien. Daher war es für Spinoza, der eine Theorie der Praxis schreiben wollte, nun auch notwendig, die bekannten Formen der Staatsverwaltung auf die zuvor entwickelten Prinzipien hin zu untersuchen bzw. zu zeigen, dass und wie sie in allen Herrschaftsformen realisierbar sind (TP I/3).

Dagegen glaubt Spinoza im *Theologisch-Politischen Traktat* noch an Demokratie und Pluralismus aufgrund der republikanischen und grossbürgerlichen Verhältnisse in den Niederlanden von 1670. Er nimmt Stellung gegen das Bündnis von Moralthologie und Monarchie (TTP Praef:5 f.; XIX:294). Die *libertas philosophandi* ist sein Hauptanliegen. Dass die Meinungsäusserungsfreiheit ein Politikum ersten Ranges zu ihrer Zeit war und als – vielleicht sogar als *das* – Instrument zur Veränderung und Neuordnung der realpolitischen Verhältnisse im Zeitalter des europäischen Absolutismus der Fürstenhäuser verstanden wurde (TTP Praef:5 f.; TP V/7), dies kann aus den ebenso spontanen wie heftigen Ab-

¹⁵ Siehe dazu den Text in Anm. 12 zuvor sowie TP V/2: «Folglich ist jener Staat der beste, in dem die Menschen ihr Leben in Eintracht verbringen und in dem die erlassenen Rechtsgesetze unangetastet aufrechterhalten bleiben.».

wehrreaktionen der Vertreter von Kirche und Staat auf die anonyme Publikation dieses Traktats geschlossen werden.¹⁶

Vergegenwärtigt man sich dabei, dass die gute öffentliche Ordnung genauso wie die architektonischen Anlagen von Kirchen und Klöstern, Schlössern und Gärten nach geometrischem Plane gestaltet war, und dass diese Planmässigkeit das Charakteristikum des zeitgenössischen Selbstverständnisses bildete, dann versteht man auch die ungeheure Sprengkraft des Postulats Spinozas nach umfassender Meinungsäusserungsfreiheit im TTP. Die *libertas philosophandi* bedeutete eine Pluralisierung und Subjektivierung der politisch-religiösen Harmonie; diese Harmonie hatte jedoch gerade ein Landesfürst nach der Regel *cuius regio eius religio* des Augsburger Religionsfriedens im Sinn von Frieden und Gemeinwohl zu gewährleisten.¹⁷ Die *libertas philosophandi* schien dagegen ein bedrohliches Störpotenzial für die politische Stabilität. Es ist also durchaus verständlich, dass die Zeitgenossen im anonym erschienenen TTP eine Aufforderung zum Umsturz erkennen konnten. Die Aussagen Spinozas waren in dem Sinn durchaus missverständlich, wenn er schrieb «der letzte Zweck des Staates sei nicht zu herrschen noch die Menschen in Furcht zu halten noch sie fremder Gewalt zu unterwerfen, sondern vielmehr den einzelnen von der Furcht zu befreien, damit er so sicher als möglich leben und sein natürliches Recht zu sein und zu wirken ohne Schaden für sich und andere vollkommen behaupten kann» (TTP XX:301). Daher bestand für Spinoza nach 1672 ein politischer Druck zur Rechtfertigung, wie sich denn diese Meinungsäusserungsfreiheit mit der Funktionstüchtigkeit des Staates vertrage. Und von daher lag es nahe, eine *Ethica* nach gleichem Modus, also nach geometrischer Methode zu erarbeiten, die dem Bedürfnis nach Selbstausdruck auf der Basis des Selbsterhaltungstribs einen systematischen Ort zuwies.

Spinoza propagierte nicht nur das uneingeschränkte und unveräusserbare Recht der Individuen aufgrund ihrer natürlichen Freiheit, sich selbst zu bestimmen, sondern er machte dieses Recht zum Fundament seiner Staatslehre (TTP XX: 299). Der Staat, so Spinoza lapidar, könne nicht regeln bzw. verbieten, was er nicht auch beherrschen und kontrollieren könne (TTP XX:300). Den Zeitgenossen war diese Anspielung an die vielen Hunderte von Policy-Ordnungen, die das Leben der Untertanen in allen Einzelheiten regelten, gewiss klar. Doch neu war, «Meinungen und Gesinnungen» damit anzusprechen. Denn im bewussten Gegensatz zu Hobbes, der mit seiner auf einem fiktionalen Vertrag beruhenden Staats-

¹⁶ Vgl. Marcel Senn, *Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft*, Zürich: Schulthess, 1991, S. 37–65 (mit zahlreichen Beispielen).

¹⁷ Vgl. Senn (wie Anm. 11), S. 74f.

konstruktion die Monarchie vor dem Hintergrund ihrer Beseitigung und der Hinrichtung von König Charles I. im Jahre 1649 verteidigte, setzte Spinoza weder des Königs noch eines Fürsten Interessen in den Mittelpunkt seiner Gesellschafts- und Staatstheorie. Spinozas Denken kreiste um Individuen als Menge.

Nach Spinoza hat jeder so viel Recht wie er auch Macht hat. Doch alle Macht ist stets begrenzt. Auch die Herrschaft, die andere über mich haben, ist begrenzt. Dies wiederum bedeutet auf die Staatspolitik übertragen: Keine Regierung kann mir befehlen, was wider die Natur ist und von niemanden befolgt werden kann. Es gibt eine objektive Ordnung der Natur, die die Grenzen unserer Handlungsspielräume natürlich setzt. Freilich ist dies kein mechanischer Naturbegriff, wie sich ihn die Zeitgenossen des 17. Jahrhunderts mit dem harmonisch-perfekten Uhrwerk und der Robotermaschine veranschaulichten,¹⁸ sondern es ist jene selbständige Natur, die Spinoza «Gott» nennt. Alle sind dieser Natur gleichviel untertan, weil alle Modalitäten dieser einen Natur sind, unabhängig davon, ob sie dies erkennen oder nicht. Menschliche Freiheit besteht alleine darin, die Bedingungen des Lebens und Staatswesens reflektierend mitzubestimmen. Dadurch erlangt der Mensch zwar keine absolute Freiheit – diese bildet man sich nur ein –, aber man wird «freier durch Erkenntnis» und mit der allmählichen Reifung einer zunehmend differenzierteren Vernunft werden die tatsächlichen Unterschiede auch zwischen den Menschen klarer verstanden. Die differenziertere Wahrnehmungsfähigkeit erweist sich dann als effiziente Macht, Recht wirklich zu schaffen. Die Erkenntnis (mithin Unterscheidung) einer grundsätzlich gleichen Strukturbedingung allen Lebens ist die Geburtsstunde dessen, was wir als Vernunft bezeichnen (TTP XVI:234 ff.); sie bedingt indessen die klare Unterscheidung zwischen Fakten und Fiktionen. Denn die Erkenntnis der Menschen entwickelt sich stets parallel zur fortschreitenden Differenzierung ihrer Daseinsbedingungen und umgekehrt verhilft sie zur weiteren Differenzierung.

Die Reflexionen über Macht, Freiheit und Gehorsam im *Theologisch-Politischen Traktat* von 1670 erweisen nun die Notwendigkeit einer Demokratietheorie als Ausdruck der Vernunft der freien Bürger. Dadurch hat Spinoza historisch gesehen die Macht der Menge als Ausdruck der praktischen Vernunft begriffen, insofern sich die Menge zwischen Freiheit und Gehorsam eigenverantwortlich bewegt. Diese Demokratietheorie beruht auf der Prämisse, dass die Ethik der Politik vorausgeht. Diese Ethik führt die Gemeinschaft der Individuen notwendig zum positiven Staatsrecht der Demokratie. Denn die Demokratie ist der klarste Ausdruck der autonomen politischen Vernunft. Spinozas Demokratietheorie wi-

¹⁸ Vgl. Senn (wie Anm. 11), S. 200ff., 207.

derspiegelt insofern die Balance zwischen notwendigem Gehorsam und notwendiger Freiheit als Selbstaussdruck der Individuen im säkularen Staat der mündigen Bürger, die den Satzungen gehorchen, die sie gemeinsam festgesetzt haben. Insofern ist die Macht der Menge auch der Ausdruck ihrer selbst verantworteten und daher rational legitimierten Freiheit.

IV. Bilanz

Ziehen wir nun Bilanz mit Bezug auf die Frage, wie man frei denken und dennoch staatlich richtig handeln könne.

Wie wir bereits zu Beginn feststellten, besteht kein Widerspruch zwischen den Aussagen von TTP und TP, sondern eine Differenz in den Formulierungen als Folge der realpolitisch veränderten Realität in den Niederlanden und der Notwendigkeit ihrer wissenschaftlichen Analyse. Dabei zeigt sich insbesondere eine gewichtige Differenz zur heutigen Auffassung von Freiheit, wie sie durch die französische Revolution als absolute und unteilbare Freiheit der männlichen Bürger ausgeprägt wurde. Dieser Freiheitsbegriff hebt den Gottes- oder Naturbegriff, wie ihn Spinoza entwickelt hat, auf. Die französische Revolution bedeutet gerade die Zerstörung aller bisherigen Strukturen. Sie geht von einem Voluntarismus aus, der mit Spinozas Freiheitsbegriff, der ontologisch in seiner Ethik begründet ist, nicht vereinbar ist.

Spinoza denkt und spricht von einer gestuften bzw. abgegrenzten Freiheit. Es geht ihm gerade nicht um jene absolute Freiheit des subjektiven Ausdrucks der Einzelnen, die meist in Gewalt und Chaos mündet, wofür die Revolutionszeit historisch zeugt, und deshalb letztlich selbst wieder nur durch Gewalt eingedämmt werden kann. Zwar sind auch nach Spinoza die Menschen von Natur aus frei, aber diese natürliche Freiheit bedeutet zunächst Krieg. Da Menschen aufeinander angewiesen sind, müssen sie zivilisiert zusammenleben. Dies können sie jedoch nur durch eine Friedensordnung des Rechts. Dadurch bleiben innerhalb des rechtsstaatlichen Rahmens die natürlichen Unterschiede stets wirkungsmächtig. Spinoza skizziert also keine egalitäre Gesellschaft, selbst dort nicht, wo er aufgrund seiner Ontologie die Demokratie als Entsprechung zum individuellen Selbsterhaltungstrieb darstellt. Denn prioritär bleibt stets der staatliche Sicherheitsaspekt, weshalb die Rechtsgesetze den individuellen Bedürfnissen und Anschauungen auch vorgehen. Der einsichtige Bürger aber fügt sich in diese Notwendigkeit und ist im gesetzten Rahmen der staatlichen Ordnung frei. So unmassgeblich daher private Meinungen für den Staat mit Blick auf die staatli-

chen Rechtsgesetze sind, so wenig müssen sie aber auch umgekehrt den Staat kümmern. Deshalb ist die Meinungsäusserungsfreiheit zuzulassen, sofern sie sich nicht als Streit oder Krieg unter den Bürgern auf die Politik auswirkt.

Auf unsere Problemstellung übertragen heißt dies, dass man frei denken und sich entsprechend auch äussern kann und darf, solange dadurch keine Bedrohung für den Frieden, der durch das staatliche Recht garantiert wird, entsteht. Gedanken und Meinungsäusserungsfreiheit sind daher möglich und zulässig, wenn die beschlossenen Rechtsgesetze – die Seele des Staates – das Handeln der Bürger dabei bestimmen. Die Trennlinie verläuft zwischen Denken und Sprechen und Handeln und Unterlassen. Man sieht hier genau, wie die Trennlinie zwischen Politik als staatlicher Aufgabe sowie Kunst, Wissenschaft und Philosophie klar gezogen wird.¹⁹

Spinoza ist somit der erste Denker der Moderne, der aufgrund seiner Ontologie der individuellen Selbsterhaltung eine gestufte Freiheit der Individuen und damit zugleich die Gedanken- und Meinungsäusserungsfreiheit sowie die politische Partizipation der Menge in der Staatsbildung vertritt. Dies waren Neuerungen, die zunächst zur breiten Ablehnung Spinozas führten. Am Ausgangspunkt des freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens steht jedoch Spinoza, der gezeigt hat, dass frei denken und staatlich korrekt handeln keine Gegensätze, sondern durchaus vereinbar sind.

¹⁹ «Darum kann zwar niemand unbeschadet des Rechts der höchsten Gewalten deren Beschluss entgegenhandeln, wohl aber unbeschränkt denken und urteilen und damit auch sprechen, vorausgesetzt, dass er einfach spricht oder lehrt und bloß mit Hilfe der Vernunft, aber nicht durch Täuschung, Zorn und Hass seine Meinung vertritt noch auch mit der Absicht, etwas im Staat auf seinen Beschluss hin einzuführen» (TTP XX:302). Im TP lautet die vergleichbare Stelle so: «... all die Handlungen, zu denen niemand durch Belohnungen oder Drohungen gebracht werden kann, [sind] nicht Gegenstand der Rechtsgesetze eines Gemeinwesens. Beispielsweise kann niemand seine Urteilsfähigkeit aufgeben; denn welche Belohnungen oder Drohungen können einen Menschen zu dem Glauben bringen, dass das Ganze nicht grösser sei als einer seiner Teile, oder dass Gott nicht existierte oder dass ein Körper, dessen Begrenztheit sichtbar ist, ein unbegrenztes Seiendes sei, allgemein gesprochen dazu bringen, dass er das Gegenteil von dem, was er fühlt, und denkt, glaubte?» (TP III/8).

Bank und Börse am Zürcher Finanzplatz im 19. Jahrhundert*

Eine rechtshistorische Skizze eines erfolgreichen Lernprozesses

Inhaltsübersicht

I.	Die Ökonomisierung der Gesellschaft seit der Industrialisierung	235
	A. Ökonomie, Gesellschaft und Geschichte	235
	B. Rahmenbedingungen des Wirtschaftens im 19. Jahrhundert	237
II.	Zürcher Börse und Banken im 19. Jahrhundert	238
	A. Die Entwicklung der Börse in der Schweiz	238
	B. Die Entwicklung der Börse in Zürich	240
	C. Die Entstehung des Bankensystems in Zürich	242
III.	Der Finanzplatz Schweiz als Ergebnis eines Lernprozesses	243

I. Die Ökonomisierung der Gesellschaft seit der Industrialisierung

A. Ökonomie, Gesellschaft und Geschichte

Die Ökonomie ist das Herzstück jeder neuzeitlichen Gesellschaftstheorie. Sowohl in der liberalen als auch in der sozialistischen Theorie bildet sie das zentrale Steuerungselement aller sozialen Lebensbereiche. Insofern lässt sich von einer Ökonomisierung des gesellschaftlichen Lebens seit dem Industriezeitalter sprechen.

Der Begriff der Ökonomie meint in seinem geschichtlichen und gesellschaftlichen Gebrauch: klug wirtschaften und sein Haus intakt halten. Die Ökonomie ist

* Erstpublikation in: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. von HANS-CASPAR VON DER CRONE, PETER FORSTMOSER, ROLF H. WEBER und ROGER ZÄCH, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2004, 407–417. Meinem Assistenten lic. iur. Guido Mühlemann danke ich für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrags.

nicht Selbstzweck, sondern dient der Erhaltung des Lebens. Klug wirtschaften heisst, seine knappen Ressourcen vorteilhaft einzusetzen, sodass der Aufwand möglichst gering gehalten wird, der Ertrag dagegen möglichst hoch ausfällt. Damit der Einzelne, die Gesellschaft oder der Staat vorteilhaft wirtschaften können, muss der Austausch der vorhandenen Ressourcen zu möglichst tiefen Kosten dauernd gewährleistet werden. Deshalb bedarf es der Institutionalisierung des Austausches als Markt.

Börsen und Banken stellen spezifische Funktionen im Rahmen dieses Marktes dar. Während Börsen organisierte Handelsplätze sind, an denen mit vertretbaren Gütern und Leistungen gehandelt wird, helfen Banken vor allem mittels Krediten und beim Geldtransfer. Geld spielt, wie ARISTOTELES bereits vor 2450 Jahren bemerkte,¹ eine zentrale Rolle, weil das Geld die Austauschbarkeit und die Austauschgerechtigkeit im Markt darstellen kann. Börsen und Banken unterstützen die Zirkulation der Ökonomie somit entscheidend.

Die Rechtsgeschichtswissenschaft hat sich für diese sozialen und ökonomischen Phänomene bislang nur marginal interessiert.² Man findet selten einen Hinweis, noch seltener ein repräsentatives Kapitel zur Wirtschaftsrechtsgeschichte.³ Dabei spielen Aktienindizes, Börsenübersichten, Kurslisten, Marktberichte, Portfolioberichte, Wechselkurse und Zinsen seit dem 19. Jahrhundert eine wichtige Rolle sowohl als gesellschaftliche Alltagsthemen als auch als Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung. Erst allmählich entdeckt die Rechtsgeschichte, dass sich die Entwicklung einer Gesellschaft entscheidend durch die Balance der Interaktionen zwischen Wirtschaft und Recht vollzieht.⁴ Hier zeichnet sich eine notwendige Korrektur gegenüber jener Rechtsgeschichte ab, die über die paradigmatischen Themen der Gewaltenteilungsperspektive von Legislative, Exekutive und Judikative kaum hinaus blicken will.

¹ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, hrsg. von GÜNTER BIEN, Hamburg 1985, Fünftes Buch, 8. Kapitel 1133a20–1134a sowie Neuntes Buch, 1. Kapitel, 1164a–1164b22 (112–114 sowie 209–211).

² Vgl. dazu Helma HOUTMAN-DE SMEDT, Artikel Bankengeschichte, in: MICHAEL NORTH (Hrsg.), *Von Aktie bis Zoll. Ein historisches Lexikon des Geldes*, München 1995 [ND 1999], 38–40.

³ Eine Ausnahme stellt nun die soeben publizierte Dissertation von NIKLAUS LINDER dar: *Die Berner Bankenkrise von 1720 und das Recht. Eine Studie zur Rechts-, Banken- und Finanzgeschichte der Alten Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2004.

⁴ Vgl. LUKAS GSCHWEND, «Wirtschafts-Rechts-Geschichte»? Gedanken zu einem St. Galler Programm, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung*, Bd. 121 (2004), 471–492; Marcel SENN/LUKAS GSCHWEND, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, Kap. 6 (185–223); BRUNO STAFFELBACH/MARCEL SENN (Hrsg.), *Ökonomik im Mittelalter: Eine Zeitreise mit modernen mikroökonomischen Theorien*, Zürich: Chronos, 2002.

B. Rahmenbedingungen des Wirtschaftens im 19. Jahrhundert

Wie ich bereits in einer Skizze zum Zürcher Aktienrecht des 19. Jahrhunderts darlegte,⁵ sind die Entwicklungen in der Zürcher Wirtschaftsrechtsgeschichte im europäischen Kontext des Ineinandergreifens von Politik, Ökonomie, Technologie und Recht zu sehen. Dieser Prozess wurde durch eine doppelte Revolution in der Verfassungspolitik und in der industriellen Wirtschaft eingeleitet und unterstützt.⁶ Für den Erfolg dieses Prozesses waren einerseits technologische Innovationen und andererseits ein modernes und umfassendes Kreditwesen entscheidend. Das Recht stellte das notwendige Instrumentarium neuer Institutionen und Organisationsformen hierfür zur Verfügung.

Den markantesten Aspekt innerhalb dieses Strukturwandels bildet jedoch der Einbezug der Massen, insbesondere bei der Umstellung des ökonomischen Systems von einem staatswirtschaftlichen (merkantilistischen) auf ein privatwirtschaftliches (individualistisches) Ordnungssystem. Die Massen spielen nicht nur im verfassungspolitischen Kontext eine zentrale Rolle, sondern sind auch für den Erfolg wie die Folgelasten dieses Strukturwandels massgeblich. WERNER SOMBART hat daher von einer Demokratisierung des öffentlichen Kredits gesprochen.⁷

Dabei beobachten wir gleichzeitig eine massive Zunahme der Bevölkerung⁸ (neben einer beträchtlichen Migration im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts⁹) und der Nahrungsmittelproduktion.¹⁰ Bevölkerung und Nahrungsmittelproduktion verdoppelten sich im Verlauf des Jahrhunderts. Insbesondere der Einsatz von besserem Saatgut, Düngemitteln und Maschinen begünstigte die landwirtschaftliche Entwicklung, führte aber auch zu einer Redimensionierung der Beschäftigung in der Agrarwirtschaft zu Gunsten des Industrie- und Dienstleistungssektors.¹¹ Auf der anderen Seite wurden grundlegende Fortschritte der Technik etwa

⁵ MARCEL SENN, Buntschlis Konzept des Zürcher Aktienrechts, in: Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser, hrsg. von HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL, Zürich 2003, 137–152.

⁶ SENN (FN 5), 137–152.

⁷ WERNER SOMBART, Die Juden und das Wirtschaftsleben, Leipzig 1911, 59.

⁸ BRUNO FRITZSCHE/THOMAS FREY/URS REY/SANDRA ROMER, Historischer Strukturatlas der Schweiz. Die Entstehung der modernen Schweiz. Baden 2001, 18.

⁹ NAUM REICHESBERG, Artikel Auswanderungswesen, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1903, Bd. 1, 380–399, insb. 395 ff.; FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 34.

¹⁰ FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 106, 110, 112.

¹¹ FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 102, 104.

mit dem Ausbau des Eisenbahnnetzes,¹² der Elektrizität¹³ und Chemie¹⁴ sowie der Uhren- und Maschinenindustrie¹⁵ erzielt, die zur gesamtgesellschaftlichen Prosperität¹⁶ und zur politischen Einigung Deutschlands von 1871 führte.

II. Zürcher Börse und Banken im 19. Jahrhundert

A. Die Entwicklung der Börse in der Schweiz

Ungewiss ist, woher die Bezeichnung Börse stammt, ob vom lateinischen Ausdruck «bursa» (Geldbeutel) oder vom Geschlechtsname der Brüggener Kaufmannsfamilie VAN DER BUERSE, die in ihrem Familienwappen drei Börsensäcke in einem schräg verlaufenden Querbalken führt.

Die Börse ist sowohl durch staatliche als auch berufsständische Vorschriften eine genau geregelte Marktveranstaltung, die zu bestimmten Zeiten an einem bestimmten Ort mit einem bestimmten Personenkreis stattfindet.

Bereits im Altertum und Mittelalter gab es an den grösseren Handelsplätzen börsenähnliche Versammlungen.¹⁷ Doch der professionell organisierte Handel am Kapitalmarkt tritt erstmals in Brügge um 1410 auf, gefolgt von Börsen in Ant-

¹² Vgl. JOSUA RASTER, Enteignung und Eisenbahnbau. Entwicklung und Praxis eines Rechtsinstituts um die Mitte des 19. Jahrhunderts im Kanton Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003, 31–33.

¹³ SIEGFRIED HERZOG, Artikel Kraftanlagen und Kraftübertragung (elektrische), in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1905, Bd. 2, 806–821.

¹⁴ Vgl. GEORG LUNGE, Artikel Chemische Industrie, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1903, Bd. 1, 724–732.

¹⁵ ANTON VON PALITSCHKE, Artikel Maschinenindustrie, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1911, Bd. 3, Teil 1, 5–13; ADOLF PFLEGHART, Artikel Uhrenindustrie, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1911, Bd. 3, Teil 2, 1106–1114; HEINRICH LOTMAR, Artikel Maschinenindustrie (Arbeits- und Lohnverhältnisse), in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHESBERG, Bern 1911, Bd. 3, Teil 2, 1744–1763; FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 130, 132.

¹⁶ FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 144, 152; vgl. für die deutsche Parallelentwicklung: DIETER ZIEGLER, Das Zeitalter der Industrialisierung 1815–1914, in: MICHAEL NORTH (Hrsg.), Deutsche Wirtschaftsgeschichte, München 2000, 192–281.

¹⁷ Die Einheitlichkeit der Institution der Börse verliert sich gegenwärtig wieder, weshalb in der neueren Literatur von alternativen Handelssystemen gesprochen wird; vgl. DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, 337.

werpen und Lyon nach 1460. Die ersten strategisch global operierenden Börsen besaßen London und Amsterdam im 16. und 17. Jahrhundert. Im deutschen Raum treffen wir auf vergleichbare Börsen (abgesehen von den Wechselbörsen, wie wir sie damals im süddeutschen Raum des 16. Jahrhunderts in Augsburg und Nürnberg vorfinden) erst Mitte des 19. Jahrhunderts und zwar in Berlin und Frankfurt am Main.¹⁸ Auf schweizerischem Boden ging diese Entwicklung zeitverschoben vonstatten. Die ersten Börsengründungen erfolgten in Genf, Basel und Zürich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Mit dem Börsenkrach von 1891 brach eine sehr kontroverse Diskussion um Sinn und Bedeutung der Börse zwischen den politischen Lagern aus.¹⁹ Der Börsenkrach veranlasste das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement zu einer Untersuchung, deren Ergebnis im Jahre 1894 in ein Gutachten zur Börsenreform mündete, das der Zürcher Nationalökonom JULIUS WOLF vorlegte.²⁰ Zentrales Anliegen seiner Empfehlungen war der Schutz der kleinen Leute, die Kontrolle der Spielernaturen und die Gewährleistung der Loyalität des Beamtentums; zugleich versuchte er zwischen den Extremstandpunkten des wirtschaftsliberalen Manchestertums²¹ und des sozialistischen Rufes nach Abschaffung der Börse zu vermitteln.²² Seine Vorschläge scheinen rückblickend allzu moderat, doch sie müssen im Umfeld der heftigen Angriffe gegen die Institution der Börse, die er-

¹⁸ ROLF WALTER, Artikel Börse, in: MICHAEL NORTH (Hrsg.), Von Aktie bis Zoll. Ein historisches Lexikon des Geldes, München 1995 [1999], 60–62.

¹⁹ HERMANN KOCHER, Artikel Börsenwesen, a) Effektenbörse, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHENBERG, Bern 1903, Bd. 1, 612–615, insb. 613.

²⁰ JULIUS WOLF, Börsenreform in der Schweiz. Gutachten erstattet an das Justiz- und Polizeidepartement der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1895. Julius Wolf war 1896 bis zu seinem Wegruf nach Breslau 1897 Professor an der Universität Zürich.

²¹ Ein Beispiel des wirtschaftspolitischen Manchesterliberalismus gepaart mit dem modernen wissenschaftlichen Positivismus gibt der anonym verfasste Artikel «Börse», in: Neues Conversations-Lexikon. Staats- und Gesellschaftslexikon, In Verbindung mit deutschen Gelehrten und Staatsmännern hrsg. von FRIEDRICH WILHELM HERMANN WAGENER, Berlin 1860, Bd. 4, 313–320. «Moralität und Ehrenhaftigkeit sind zwar Dinge, die für den Nationalökonom existiren, aber sie dürfen es doch nur in so weit sein, als sich ein stoffliches Mass für sie finden lässt, d.h. nur so weit, als sie auf die Bewegungen der Production und auf die Vertheilung der Producte einwirken, – so weit sie einzelne Räder in dem grossen gesellschaftlichen Etablissement der Arbeit und des Austausches sind. Sie dürfen nicht für ihn existiren, sobald sie, statt gemessen zu werden, selber als oberstes Mass gelten wollen. Der Nationalökonom fällt aus der Rolle, wenn er nicht mehr fragt: welche Störungen oder Förderungen bringt die Moralität in die Entwicklung des ökonomischen Gemeinwesens? Sondern wenn er fragt: in welcher Weise wirkt diese oder jene ökonomische Thatsache auf die Moralität zurück? Er fällt aus der Rolle, er wird unlogisch.», S. 316, ferner 317.

²² Vgl. dazu WOLF (FN 20), 22–25, 32, 36 und 41 f.

halten bleiben sollte, beurteilt werden. Dabei betont er, keine Ausnahmegesetzgebung für die Börse machen zu wollen, da es bereits vielfache Gesetze gleicher Art auf anderen Gebieten gäbe bzw. es sei mit dem Erlass neuer Börsengesetze- und -verordnungen alleine nicht getan, sondern die bestehenden Gesetze müssten vielmehr energischer gehandhabt werden.²³ In der Folge unterblieb daher eine gesamtschweizerische Gesetzgebung.

Dieses Vorhaben wurde erst im Kontext eines erneuten Börsenschocks hundert Jahre später wieder virulent. Der vom New Yorker Stock Exchange ausgehende Börsencrash vom 19. Oktober 1987²⁴ und der Mini-Crash vom 16. Oktober 1989²⁵ veranlassten vor dem Hintergrund der Globalisierung und Deregulierung der Finanzmärkte, der Fortschritte der Datenverarbeitung und Datenübertragung sowie der Einführung neuer Finanzmarktinstrumente eine gesamtschweizerische Beurteilung und eine entsprechende Regulierung.²⁶ Denn die Börsengesetze der Kantone Zürich, Basel und Genf vermochten diesen neuen Entwicklungen nicht mehr zu genügen und waren überdies mit ihren in verschiedenen Punkten abweichenden Regulierungen zu heterogen, so dass dringender Handlungsbedarf bestand.²⁷ Mit dem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 wurde dieses Ziel erreicht.²⁸

B. Die Entwicklung der Börse in Zürich

Die Zürcher Börse wurde 1877 konstituiert und erhielt 1883 ihr erstes Gesetz.²⁹ Zwar gab es eine Vorläuferorganisation, sie handelte jedoch nur mit fremden

²³ Vgl. WOLF (FN 20), 54 und 74.

²⁴ CHRISTINE HIRSZOWICZ (Hrsg.), *Der Oktober-Crash 1987. Analysen, Lehren, Folgerungen für das Investment- und Trustbanking*, Bern/Stuttgart 1989, insb. die Einführung der Herausgeberin, 7ff.

²⁵ Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission vom 24. April 1990 über den «Mini Crash» vom Oktober 1989 an den Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements, Bern 1990 (Typoskript).

²⁶ DIETER ZOBL, *Das Börsenrecht der Schweiz/Switzerland's Stock Exchange Law/Le droit suisse sur les bourses/Il diritto svizzero sulle borse*, Zürich 1998, 21ff.

²⁷ DERS., *Entstehungsgeschichte*, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*, hrsg. von GÉRARD HERTIG/CHRISTIAN MEIER-SCHATZ/ROBERT ROTH/URS P. ROTH/DIETER ZOBL, Zürich 2000, 3f.

²⁸ Änderungen erfolgten am 3. Oktober 2003; ergänzt wird dieses Bundesgesetz durch zwei Verordnungen aus den Jahren 1996 und 1997.

²⁹ Vgl. dazu: HANS RUDOLF SCHMID/RICHARD T. MEIER, *Die Geschichte der Zürcher Börse. Zum hundertjährigen Bestehen der Zürcher Börse*, Zürich 1977; RUDOLF LÜSCHER-BURCKHARDT, *Die Schweizerischen Börsen*, Zürich 1914, insb. 69–90; FRITZ FUCHS, *Beiträge zur Geschichte der*

Wechseln und Waren; nach Gründung der Zürcher Effektenbörse ging sie in der Kaufmännischen Gesellschaft Zürich auf.³⁰

Die Entstehung der Zürcher Börse hängt mit dem Erlass der ersten Aktienrechtsgesetze und dem Eisenbahnbau zusammen. Die Reihe der Gesetzgebungen eröffnete der *Code de Commerce* von 1807 in Frankreich mit einem allerdings noch dem merkantilistischen System verhafteten Konzessionssystem, wogegen England 1844 – dem Wirtschaftsliberalismus verpflichtet – das Normativsystem mit dem *Act for Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock Companies* einführt. Dem französischen Beispiel folgten die Niederlande mit dem *Wetboek van Koophandel* von 1838 und Preussen mit einem *Gesetz über die Aktiengesellschaften* von 1843. Erst mit der Erfahrung, dass das Konzessionssystem und die staatlichen Interventionen nicht die gewünschte Integrität des modernen nationalen Wirtschaftssystems garantieren konnten, setzte sich das Normativsystem durch. Danach können Aktiengesellschaften zwar frei gegründet werden, doch wird anlässlich ihrer Inkorporation durch Eintragung im Register geprüft, ob sie auch die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen.³¹

Seit 1843 veröffentlichte die Neue Zürcher Zeitung regelmässig Kursberichte der verschiedenen europäischen Handelsplätze; ab 1852 erschien auch ein offizielles Kursblatt. Seither wurden insbesondere auch die Kurse der Eisenbahnaktien publiziert.³² 1844 lag ein Teilentwurf zum Zürcher Aktienrecht vor.³³ Das Aktienrecht wurde im Rahmen der privatrechtlichen Kodifikation – dem Zürcher PGB – zwischen 1854 und 1856 in Kraft gesetzt. Obwohl chronologisch die Parallele

Zürcher Effektenbörse (1882–1891), Zürich 1913; WERNER BLEULER, Die Organisation der Zürcher Effektenbörse und der Entwurf zum neuen Börsengesetz, Zürich 1911.

³⁰ Der Handel mit Wertpapieren lag zuvor in den Händen der sog. Sensalen. Noch HERMANN KOCHER, der den in FN 19 erwähnten Artikel zur Effektenbörse verfasste, bezeichnet sich als «gewesener Sensal». Das Wort ist eine Eindeutschung des italienisch-lateinischen Ausdruck *censualis* (also Schätzer), insofern der Kurswert eines Gegenstandes bzw. Wertpapiers zu bemessen war. Die Zürcher Sensalenordnungen wurden zwischen 1663 und 1835 erlassen, letztere 1845 nochmals geändert. Daneben gab es noch das der merkantilistischen Wirtschaftspolitik verpflichtete Kaufmännische Direktorium von 1662 bis 1834, eine Organisation der Stadtzürcher Grosskaufleute, die mit dem liberalen Prinzip der Gewerbefreiheit unvereinbar war und sich daher in der letzten Phase ihres Bestehens, nämlich im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts, der zürcherischen Volkswirtschaft widmete und auch ländlichen Fabrikanten Darlehen gewährte. Vgl. dazu MARCEL GROSSMANN, Das Kaufmännische Direktorium in Zürich 1662–1834, Lachen 1927 (Diss. Zürich), 30 und 88f.

³¹ Die Lösung des englischen Rechts mit der Legalkonzession ist dem heutigen Handelsregistereintrag für Aktiengesellschaften vergleichbar.

³² SCHMID/MEIER (FN 29), 59–61.

³³ Vgl. dazu SENN (FN 5), 144ff.

zum gleichzeitigen Erlass des englischen *Act for Registration* auf der Hand läge, bleibt doch unklar, inwieweit die damalige Zürcher Kommission die legislatorische Innovation der Engländer überhaupt wahrnahm.³⁴ Denn in den fünfziger Jahren wird die Zürcher Aktiengesellschaft immer noch in Anlehnung an den *Code de Commerce* aus dem merkantilistischen Staatsdenken heraus legiferiert.

C. Die Entstehung des Bankensystems in Zürich

Im aufgezeigten Kontext steht die Entwicklung des Bankensektors. Die wirtschaftliche Expansion steigerte ebenso rasch wie massiv die Nachfrage nach Krediten. Der Investitionsbedarf der ersten Industrien, die Rationalisierungen im Agrarsektor, vor allem aber der zielstrebige Ausbau des Schienennetzes riefen seit den fünfziger Jahren nach Innovationen des Kredit- und Zahlungsverkehrs. Gerade im Zusammenhang mit dem Bau des Schienennetzes zeigte sich ein immenser Investitionsbedarf;³⁵ das Problem der Enteignungen der Grundstückseigentümer liess sich angesichts eines kaum entwickelten Enteignungsrechts kaum rechtlich, sondern vor allem nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d. h. durch angemessene Geldzahlungen, lösen.³⁶

In der Folge liess der erhöhte Geldbedarf ein diversifiziertes Netz von Banken entstehen.³⁷ Neben den aktienrechtlich und zentralistisch organisierten Grossbanken entstanden auch die nach dem Selbsthilfeprinzip gegründeten Hypothekar- und Kantonalbanken, die dem Mittelstand, d. h. damals den Bauern und Gewerbe-

³⁴ Zwar scheint man das ordnungspolitische Problem der Aktiengesellschaft am Rande kurz diskutiert zu haben, doch hatte man dabei kaum die Liberalität des Wirtschaftssystems selbst, sondern vielmehr die Frage der Haftung im Auge, als man die Frage der staatlichen Konzession erörterte. Vor allem aber waren Verzinsungsfragen das brennende Problem (*Amtsblatts des Kantons Zürich* zum – damals noch – vierten Buch über die Rechte der Forderungen und Schulden bestätigt dies [Amtsblatt vom 6. März 1855, Nr. 19, 97 sp. 2 Sitzungsbericht vom 27. Februar 1855 mit der Meldung betreffend die Inkraftsetzung, vom 11. Mai 1855, Nr. 38, 236 sp. 1]). Auch die Berichterstattung in der *Neuen Zürcher Zeitung* über die Sitzung vom 27. Februar fällt am 1. März 1855 äusserst knapp aus: Die Diskussion bezog sich schwergewichtig aufs Handelsreisendenrecht und den Speditionsvertrag mit einer Ausnahme, die sich auf die zinsfreie Benutzung der Gesellschaftskasse nach § 1285 des Entwurfs zum PGB bezog (NZZ vom 1. März 1855, Nr. 60, 241 sp. 2).

³⁵ Vgl. THEODOR CURTI, *Geschichte der Schweiz im XIX. Jahrhundert*, Neuenburg o.J., 549–552; FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 154.

³⁶ Vgl. dazu insb. RASTER (FN 12), 216–221, 260ff., der nachgewiesen hat, dass die Abtretungen vor allem nach ökonomischen Gesichtspunkten meist problemlos erfolgten.

³⁷ Vgl. die Übersicht bei JOHANN HIRTER, Artikel Banken, in: *Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung* in 3 Bänden, hrsg. von NAUM REICHENBERG, Bern 1903, Bd. 1, 402–410, insb. 404ff.

treibenden, durch erträglich zu verzinsende Darlehen Kredite gewährten.³⁸ Zur Befriedigung der kurzfristigen Kreditbedürfnisse des Handelsstandes wollte man – den Beispielen der Kantone Bern und St. Gallen folgend³⁹ – mit der Gründung einer «Bank in Zürich» von den Privatbankiers⁴⁰ und ausländischen Kreditinstitutionen⁴¹ unabhängiger werden. Die Bank in Zürich sollte den Geldumlauf vor allem im Gebiete des Kantons Zürich regulieren und zugleich den Zahlungsverkehr erleichtern. Sie hatte somit eine Doppelfunktion als staatliche Notenbank und als staatliches Kreditinstitut. Sie fusionierte mit der Schweizerischen Kreditanstalt im Jahre 1905.⁴²

III. Der Finanzplatz Schweiz als Ergebnis eines Lernprozesses

Der immense Kapitalbedarf des Eisenbahnbaus und der neuen Fabrikindustrien führte zur Gründung der Grossbankinstitute Schweizerische Kreditanstalt (1856, *heute* Crédit Suisse), die Bank in Winterthur (1862), aus der die Schweizerische Bankgesellschaft hervorging, die 1997 mit dem 1872 in Basel gegründeten (*später* Schweizerischen) Bankverein fusionierte. Auf dem Lande entstanden diverse Lokal- und Bodenkreditbanken sowie zwischen 1834 und 1916 die Kantonalbanken.⁴³

Schon um 1900 war der Finanzplatz Zürich mit Abstand der wichtigste Börsen- und Bankenplatz des Landes.⁴⁴ Entscheidenden Anteil an der Konsolidierung und

³⁸ Vgl. DANIELA DECURTINS/SUSI GROSSMANN, Die Bedeutung kommunikativer Vernetzung für die Gründung der Zürcher Kantonalbank 1870, in: YUSSEF CASSIS/JAKOB TANNER (Hrsg.), Banken und Kredit in der Schweiz (1850–1930), Zürich 1993, 105–127, insb. 107f. und 113ff.

³⁹ Vgl. HIRTER (FN 37), 402.

⁴⁰ JEAN FRANÇOIS BERGIER, Wirtschaftsgeschichte der Schweiz. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Zürich 1983, 329–334; SENN/GSCHWEND (FN 4), 149f., LEO WEISZ, Der organisierte Kredit in Zürich von der Reformation bis zum Jahre 1835, in: Geld- und Kreditsystem der Schweiz, Festgabe für Gottlieb Bachmann, hrsg. vom Direktorium der Schweizerischen Nationalbank und Kollegen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1944, 135–156, insb. 147–156.

⁴¹ WERNER BLEULER, Die Bank in Zürich 1836–1906, Zürich 1913, 9f.

⁴² Vgl. BLEULER (FN 41), 21f., 27 und 322ff.

⁴³ Vgl. FRITZSCHE/FREY/REY/ROMER (FN 8), 154.

⁴⁴ Wie sich dies aufgrund der Vergleichszahlen der einbezahlten Kapitalien der Banken pro Kanton ergibt. Vgl. HIRTER (FN 37), 402–410, insb. 404ff., sowie KOCHER (FN 19), 612–615 und PHILIPPE BRAILLARD, Der Finanzplatz Schweiz. Regierungspolitik und internationale Konkurrenzfähigkeit, Genf 1987, 170.

am Ausbau des Finanzplatzes Schweiz hatte vor allem die 1906 gegründete Schweizerische Nationalbank. Ihre Hauptaufgabe als Institution der nationalen Wirtschaftspolitik war es, das Schweizerische Geldwesen zu steuern. Nach der Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848 wurde mit dem Münzgesetz von 1850 die Vereinheitlichung der damals weit über 800 im Umlauf befindlichen Münzsorten angestrebt. Doch blieben zunächst die französischen Goldmünzen ein hierzulande beliebtes Zahlungsmittel. Der Beitritt zur «Lateinischen Münzunion» im Jahre 1865 löste das Problem ebenfalls nicht. Nachdem die Schweiz ab 1893 selbst zur Prägung von Goldmünzen übergang, behinderten Spekulationsgeschäfte den Geldverkehr zum Teil erheblich, so dass die Schweiz im ausgehenden 19. Jahrhundert und somit ausgerechnet in der Phase ihrer Prosperität über kein stabiles Zahlungsmittel verfügte. Die dauernden Unsicherheiten im Geldverkehr veranlassten einige Banken daher schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, eigene Banknoten, also Papiergeld, auszugeben. Aber erst nach 1870 nahm der Umlauf von Papiergeld in der Schweiz erheblich zu. Die Revision der Bundesverfassung von 1874 löste das Problem nicht; erst eine erneute Revision der Verfassung, die dem Bund das ausschliessliche Emissionsrecht von Banknoten zuwies, brachte die Lösung. Zugleich wurde mit Bundesgesetz von 1906 die Nationalbank zur kontrollierten Ausgabe von Banknoten legitimiert.⁴⁵

Aufgrund der mannigfachen Probleme, die gesamtschweizerisch zu bewältigen waren, wurde erkannt, dass die Landesregierung, die Nationalbank, die kantonalen Börsen und zahlreichen Privatbanken zusammenwirken mussten, d.h. dass aus der Kooperation verschiedener Akteure ein Wachstum für alle Bereiche zu erzielen war. Insbesondere sollte eine Währung mit in- und ausländischer Reputation, ein effizientes Banken- und Börsensystem und die Entwicklung einer soliden Exportindustrie zu einem transnationalen System der Geschäftsbeziehungen der Schweiz führen. Der Zürcher Historiker JAKOB TANNER hat das Ergebnis dieses Zusammenwirkens als komplexen Lernprozess interpretiert.⁴⁶

Aus der Geschichte lassen sich keine Verhaltensanweisungen für die Zukunft ableiten, doch unterstützt sie die Einsicht, dass die internationale Kooperation für das Weiterleben etwa des eigenen nationalen Banken- und Börsenplatzes wichtig

⁴⁵ 75 Jahre Schweizerische Nationalbank Die Zeit von 1957 bis 1982, hrsg. vom Direktorium der Schweizerischen Nationalbank, Zürich/Lausanne/Bellinzona o.J. [1982], 16f.

⁴⁶ JAKOB TANNER, Die Entwicklung des schweizerischen Finanzplatzes. Fragestellungen und Problemfelder, in: CASSIS/TANNER (FN 38), 20–28, insb. 22f.

ist. Dies sei auch ein Hinweis zum heutigen Verhältnis unseres Landes zu Europa.

Die europäische Banken- und Börsenlandschaft muss heute als eine «Evolving Scene» begriffen und sie muss vor allem vor dem Hintergrund der Globalisierung und des zunehmenden Wettbewerbs verstanden werden. Wie RETO FRANCIONI⁴⁷ in dem mit ROBERT A. SCHWARTZ vom Baruch College der City University of New York gemeinsam verfassten Buch zu den modernen Kapitalmärkten zeigt,⁴⁸ fand seit 1986 mit Einführung der elektronischen Börse in London und der damit verbundenen Entmaterialisierung des Wertpapierrechts⁴⁹ die komplette Umgestaltung des Börsen- und Bankenplatzes in Europa statt. Dadurch hat sich auch der Schweizerische Börsenplatz grundlegend verändert. Er ist zu einer Schweizer Börse in Zürich zusammengewachsen, der sogenannten Swiss Exchange (SWX). Da sich die Anforderungen global verändert haben, wird es absehbar und unumgänglich sein, den zusammenwachsenden europäischen Markt sowohl gegenüber Nordamerika als auch gegenüber Asien durch eine klare und einheitliche Gesetzgebung für einen paneuropäischen Kapitalmarkt zu ergänzen.⁵⁰

Blickt man unter diesem Aspekt nun wieder auf die historischen Entwicklungen zurück und fasst man zugleich die sich abzeichnenden Entwicklungen und voraussichtlich notwendigen Schritte ins Auge, so stellt man die grösseren räumlichen Dimensionen des Geschehens und die höhere Geschwindigkeit des Vollzugs fest. Mit Sicherheit wird sich diese Entwicklung in wesentlich kürzerer Zeit vollziehen müssen als jene im 19. Jahrhundert. Aus dem Vergleich mit der erfolgreichen Entwicklung der US-amerikanischen Börsenmärkte kann weiter abgeleitet werden, dass die Banken auch in Europa dem direkteren Zugang des finanzierenden Publikums zur Börse Platz machen und den Trend zur Eigenkapitalfinanzierung weiter verstärken könnten.⁵¹

⁴⁷ RETO FRANCIONI ist Präsident des Verwaltungsrates der Schweizer Börse und Professor für Wirtschaftsrecht.

⁴⁸ RETO FRANCIONI hat mir freundlicherweise einen Ausdruck von Chapter 9 aus dem im Sommer 2004 erscheinenden Buch: ROBERT A. SCHWARTZ/RETO FRANCIONI, *Equity Markets in Action. The Fundamentals of Liquidity, Market Structure and Trading*, zur Verfügung gestellt.

⁴⁹ DIETER ZOBL/CLAUDE LAMBERT, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wertpapierrecht* 1991, 117–139.

⁵⁰ SCHWARTZ/FRANCIONI (FN 48).

⁵¹ Vgl. dazu: JOHN C. COFFEE, Jr., The Rise of Dispersed Ownership. The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control, in: *The Yale Law Journal*, Bd. 111:1, 2001, 1–82, insb. 54f., 75 (Diesen Hinweis verdanke ich meinem Kollegen Hans-Ueli Vogt.).

Diese Entwicklung ist mit der Ideologie des Kapitalismus kongruent. Denn das zentrale Begründungsmuster des Aufklärungszeitalters dafür war ja gerade, dass der Kapitalismus besser als der Merkantilismus sei, weil ein Mensch, der sich für den Handel interessiere, ruhiger und sanfter sei und der Handel im Gegensatz zum Krieg selbst eine friedfertige Tätigkeit sei.⁵² Doch muss diese Aussage auch richtig verstanden werden. Einer der frühesten Kritiker eines gedankenlosen Kapitalismus, BARUCH DE SPINOZA, hat mit Bezug auf einen damals geläufigen Satz, wonach Geld ein bündiger Ausdruck für alle Dinge sei,⁵³ gesagt, diese Aussage sei nur dann richtig, wenn eine Person aus Notwendigkeit und Bedürfnis dem Geldgewinn nachgehe, weil das Geld nicht der Zweck des Lebens sein könne. Der Zweck der Ökonomie ist es, wie wir eingangs feststellten, klug zu wirtschaften, um das Leben mit den vorhandenen Kräften und Möglichkeiten zu entwickeln. In dem Sinne ist die Ökonomie dann wirklich das Herzstück der neuzeitlichen Gesellschaftstheorie, gleich welcher ideologischen Provenienz sie sei.

⁵² Vgl. dazu: ALBERT O. HIRSCHMAN, *Leidenschaften und Interessen. Politische Begründungen des Kapitalismus vor seinem Sieg*, Frankfurt 1987.

⁵³ Vgl. dazu: MARCEL SENN, *Geld – ein bündiger Ausdruck für alle Dinge*, in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, hrsg. von HANS ULRICH WALDER/TOBIAS JAAG/DIETER ZOBL, Zürich 1994, 545–557.

«Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen*

Inhaltsübersicht

I.	Gegenwart der «Gefährlichkeit» im Strafrecht	247
II.	Geschichte der «Gefährlichkeit»	250
	A. Grundsätze der Strafrechtstheorien	250
	B. Prävention und «Gefährlichkeit» im Absolutismus (Thomasius, Montesquieu)	251
	C. Talion und «Gefährlichkeit» um 1800 (Kant, Kleinschrod, Grolmann)	252
	D. «Gefährlichkeit» für den rechtlichen Zustand (Feuerbach)	254
	E. «Gefährlichkeit» für die Gesellschaft (Hegel)	255
	F. «Gefährlichkeit» der Täter und «objektiver» Naturalismus (Lombroso, Ferri)	257
	G. «Gefährlichkeit» für die Lebensbedingungen (Liszt)	258
III.	Zukunft der «Gefährlichkeit» – als Spezifikation des Tatbestandsbegriffs im Strafgesetz	261

I. Gegenwart der «Gefährlichkeit» im Strafrecht

Der Begriff der «Gefährlichkeit» spielte im Strafrecht der siebziger Jahre des 20. Jh. eine noch weitaus bedeutendere Rolle als heute, wie dies sowohl die Diskussionen betreffend die Legitimation des Strafrechts als auch das schweizerische Strafgesetz von damals belegen. Selbst die radikal geführte Diskussion betreffend die Abschaffung des Strafrechts zugunsten eines spezialpräventiven Massnahmerechts, wie sie Arno Plack etwa forderte, stellte noch auf den Begriff der «Gefährlichkeit des Täters» als Parameter der individuell anzuordnenden Massnahmen ab.¹

Dieser Begriff war damals insbesondere auch ein Merkmal verschieden qualifizierter Straftatbestände.² So spielte der Begriff der «Gefährlichkeit» bei der

* Erstpublikation in: Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, hrsg. v. JÜRGEN BEAT ACKERMANN/ANDREAS DONATSCH/JÖRG REHBERG, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2001, 27–42.

¹ Vgl. ARNO PLACK, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, München 1974, 349 ff., 381 ff.

² Dazu: GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Bern 1973, 26–28 (Mord), 187–190 (Diebstahl), 199 f. (Raub).

Gruppe der Vermögens- und Eigentumsdelikte nur bei den unmittelbar gegen das Eigentum gerichteten Delikten wie Diebstahl und Raub, jedoch nicht bei den gegen das Vermögen als solches gerichteten Taten einschliesslich den Betreibungs- und Konkursdelikten, eine Rolle. Diese Unterscheidung ist aufschlussreich, widerspiegelt sie die gesellschaftspolitische Funktion des Begriffs der «Gefährlichkeit» eines potentiellen Täters mit Bezug auf die gruppenspezifischen Kriterien von Nicht-Eigentümer bzw. Eigentümer. Das Eigentum war und ist ein Eckpfeiler der bürgerlichen Rechtsordnung und daher auch ein besonders verletzliches Rechtsgut.³ Es galt seit den Naturrechtslehren des 17. Jh. als das rechtliche Scharnierstück in den «freien» Austauschbeziehungen der Individuen. Die französische Menschenrechtserklärung von 1789 bezeichnete das Eigentum aus diesem Grunde als das «heilige» Rechtsgut des Bürgers⁴. Dieses Rechtsgut sollte gegen Übergriffe aus der sozialen Schicht der Nicht-Eigentümer daher effizient geschützt werden, während Eigentümer, selbst wenn sie schlecht wirtschafteten und dadurch andere Eigentümer schädigten, nicht als gleichrangige Bedrohung angesehen und empfunden wurden. Der Begriff der «Gefährlichkeit» spiegelte somit die soziale Gruppendifferenz von Eigentümer und Nicht-Eigentümer auch im Sanktionsrecht wider. Erst die Revision des Strafgesetzes von 1981 brachte hierin eine Änderung. Anders als beim Tatbestand des Mordes, wo dieses Kriterium ersetzt wurde,⁵ wurde der Begriff der «besonderen Gefährlichkeit» mit Bezug auf die Straftatbestände von Diebstahl und Raub zwar noch beibehalten, aber vom Gesetzgeber nun neu auf die Tatbegehung ausgerichtet. Die «besondere Gefährlichkeit» wird folglich nicht mehr dem Täter als Person, sondern seiner Handlungsweise zugeschrieben.⁶

In dieser Phase der Diskussion und Revision des Strafrechts befasste sich Niklaus Schmid in einer kriminologischen Studie mit der Person des Wirtschaftsstraftä-

³ Vgl. FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, 462.

⁴ Vgl. MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 2. Aufl., Zürich 1999, 218.

⁵ Vor der Revision des Schweizerischen Strafgesetzes von 1989 galt das Gleiche auch mit Bezug auf den Tatbestand des Mordes. Mit der Revision wurde das Kriterium der «besonderen Gefährlichkeit» des Täters zwar fallen gelassen, jedoch durch den nicht prägnanten Ausdruck «besonderer Skrupellosigkeit» ersetzt (dazu: Christian Schwarzenegger, Skrupellos und verwerflich! – Über Emotionen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht, ZStrR 118 (2000) 349–377).

⁶ So lautet die Umschreibung des qualifizierten Tatbestands heute: Wenn der Täter «sonstwie durch die Art, wie er den Diebstahl begeht, seine besondere Gefährlichkeit offenbart» (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 4 StGB). Diese Formulierung ist beim Tatbestand des Raubes (Art. 140) dieselbe. Das schweizerische Strafgesetzbuch spricht ferner noch von der Verwendung «gefährlicher Gegenstände» im Zusammenhang mit Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2), sexueller Nötigung (Art. 189 Abs. 3) und Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3).

ters.⁷ Er untersuchte die abgeurteilten bzw. eingeklagten Straftaten von 100 Personen, die als Wirtschaftsstraftäter im Kanton Zürich zwischen 1960 und 1974 delinquierte. Schmid sprach von Wirtschaftsstraftätern und nicht von Wirtschaftskriminellen, um der landläufigen Assoziation mit Gewohnheits- oder Rückfalltätern bewusst entgegenzuwirken. Er analysierte dabei die Straftaten unter sechzehn Gesichtspunkten und zog zwei Schlussfolgerungen:⁸ Erstens, der Täterkreis lasse sich empirisch nach fünf Gruppen differenzieren;⁹ entgegen einer vorherrschenden Klischeevorstellung könne dabei kein «eigentliches Bild der Person des Wirtschaftsstraftäters» gezeichnet werden.¹⁰ Zweitens, in Ermangelung des «typischen» Profils des Wirtschaftsstraftäters habe der Gesetzgeber spezifisch präventive oder repressive Reaktionsmöglichkeiten für die fünf verschiedenen Tätergruppen zu schaffen.

Schmids differenzierende Sicht verbot folglich, noch von einer «besonderen Gefährlichkeit» der Person aus dieser Tätergruppe zu sprechen.¹¹ Sowohl vom rechtswissenschaftlichen als auch vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus betrachtet bedeutete Schmids Analyse Mitte der siebziger Jahre mit Bezug auf die Zürcher Wirtschaftsdelinquenz in der Hochkonjunkturphase eine richtungsweisende Klarstellung: Nicht die Menschen selbst, sondern die Rahmenbedingungen bei der Tatbegehung müssen als «gefährlich» eingestuft werden, und folgerichtig sind die präventiven oder repressiven Reaktionen des Rechtsstaats nicht auf Personen und deren vermeintliche Charakteranlagen, sondern auf die Bedingungen einer konkreten Tatausführung auszurichten. Schmids kriminologische Analyse

⁷ Vgl. NIKLAUS SCHMID, Der Wirtschaftsstraftäter. Ergebnisse einer Zürcher Untersuchung. Folgerungen für Prävention und Repression der Wirtschaftsdelikte, ZStrR 92 (1976) 51–97.

⁸ SCHMID (FN 7), 79–97.

⁹ SCHMID zufolge ist zunächst zwischen Einmal- und Wiederholungstätern zu unterscheiden. Beide Gruppen sind etwa gleich gross. Die Einmaltäter nutzen entweder als Bereicherungstäter eine bestimmte Situation im Grenzbereich zwischen Illegalität und Branchenpraxis aus, oder sie handeln als Engpasstäter aus einer Notlage heraus. Bei den Wiederholungstätern ist dagegen zwischen Rückfalltätern, Hochstaplern und Zugehörigen zur Unterwelt zu unterscheiden, die sich jedoch auch als eine Gruppe dadurch konstituieren, dass dieser Personenkreis auf präventive Kontrollmechanismen der Wirtschaftswelt relativ gut reagiere und von weiteren Tatbegehung im angestammten Arbeitsbereich infolge dieser Selbstregulierung tatsächlich abgehalten werde.

¹⁰ SCHMID (FN 7), 64.

¹¹ Lediglich in einem Fall sprach Schmid von Gefährlichkeit und zwar mit Bezug auf die Personengruppe von Wiederholungstäterinnen (wenn auch kontextuell anders, nämlich objektivierend), indem er vier Wiederholungstäterinnen (von den insgesamt 100 untersuchten Fällen) deshalb als «gefährlicher» als die männlichen Täter einstufte, weil sie sich nach der Verbüßung der Straftat wieder ins bisherige Geschäftsleben einzubringen verstanden und im angestammten Umfeld somit weiter delinquiren konnten (SCHMID [FN 7], 78), was den Männern dagegen verunmöglicht war (s. FN 9 zuvor am Ende).

bedeutete somit einen bedeutenden Schrittmacher auf dem Weg zur Revision des schweizerischen Strafgesetzes von 1981.

Unsere Aufgabe ist es nun, die kriminologische Studie Schmidts durch einen rechtsgeschichtlichen Aufweis der Einführung und Entwicklung des Begriffs der «Gefährlichkeit» zu ergänzen bzw. abzurunden, um durch die historische Rückschau auch die Entstehung des Dilemmas im Umgang mit der «Gefährlichkeit» besser begreifen zu lernen.

II. Geschichte der «Gefährlichkeit»

A. Grundsätze der Strafrechtstheorien

Die wichtigste Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ist es, das Instrument der Strafe mit Blick auf den Erhalt und Nutzen des Staats einerseits als zweckmässig oder sinnvoll und mit Blick auf die Täter als gerechtfertigt auszuweisen. Der Zweck der Strafe kann dabei ein zweifacher sein: Er kann entweder in der Vergeltung oder in der Verhütung von Verbrechen bestehen. Strafe erfüllt eine entsprechend rückwärts- oder vorausblickende Funktion. Die rechtshistorische Entwicklung lässt sich diesbezüglich vereinfacht dahingehend zusammenfassen, dass sich das Zeitalter des Absolutismus (17./18. Jh. bis 1789) durch den Zweckgedanken, das Zeitalter der bürgerlichen Revolution (frühes 19. Jh.) dagegen durch den Gedanken der Vergeltung auszeichnete.¹²

¹² Meistens wird die Entstehung des Staates anhand der Entwicklung der politischen Theorien seit dem 16. Jh. aufgezeigt. Diese Sicht ist theorielastig und führt zu fehlerhaften Verknüpfungen der Rechtsstaatsidee – zum Teil sogar der Demokratie – mit den Theorien des monarchischen Absolutismus etwa eines Thomas Hobbes. Schon zeitgenössische Kritiker erkannten dieses Problem, dass sich die politische Diskussion allzu sehr zwischen den Extremen von neuplatonischer Utopie eines Thomas Morus oder Tomaso Campanella (16. Jh.) und der staats-theoretischen Selbstrechtfertigung der herrschenden Gewalt – vorab der Monarchie – eines Thomas Hobbes bewege (so die zeitgenössische Kritik BARUCH DE SPINOZA in 1 § 1 seines Politischen Traktats von 1677 sowie in der Vorrede zu seinem Theologisch-Politischen Traktat von 1670). Die Konsolidierung des Territorialstaats in der frühen Neuzeit lässt sich daher ebenso gut, vor allem aber konkreter anhand der strafrechtlichen Praxis und der Kritik der sich gleichzeitig etablierenden Strafrechtswissenschaft nachvollziehen.

B. Prävention und «Gefährlichkeit» im Absolutismus (Thomasius, Montesquieu)

Im Zeitalter des Absolutismus wird die Diskussion um den Strafzweck einerseits durch theokratische Argumente, die wir hier nicht weiter verfolgen,¹³ und andererseits durch den innovativen Geist des säkularen Späthumanismus geprägt. Insbesondere die häufig zitierten Autoren der Antike, namentlich Plato oder Seneca, führten zu einer grundlegenden Veränderung der zeitgenössischen Strafauffassung. Denn diese Autoren sahen den Zweck der Strafe in der Zukunft: Gestraft werde nicht, *weil* ein Verbrechen erfolgt sei, *sondern* damit künftig kein Verbrechen mehr geschehe.¹⁴ Damit wird die Frage der «Prävention» zum zentralen Thema der Strafrechtsdiskussion mit der Kernfrage nach der Wirksamkeit von Strafen überhaupt. Jede Sanktion muss ihr Ziel treffen, d.h. dem Zweck des Strafrechts als staatlichem Instrument entsprechen. «Wirksamkeit» ist nicht erst heute, sondern schon im aufgeklärten Absolutismus des 18. Jh. der Schlüsselbegriff für erfolgreiches Staatsmanagement.

In diesem strafrechtstheoretischen Kontext tritt der Gefahrenbegriff (*periculum*) – soweit ich sehe – zum ersten Mal beim Hallenser Vernunftrechtler Christian Thomasius auf.¹⁵ Eine Generation später gibt Montesquieu den Zeitgenossen den politisch-argumentativen Massstab vor.¹⁶ Im Kapitel über die «Macht der Strafen» sieht er im Sinn der antiken Tradition «milde», d.h. natürliche und sparsam angewandte Strafen als das Zeichen einer wirksamen Staatsführung des aufgeklärten Absolutismus vor.

Die profane Strafrechtslehre des 18. Jh. differenziert in der Folge die Präventionsidee in einen generellen und speziellen Präventionsaspekt. War Strafe nach theokratischem Rechtsdenken immer auch Vergeltung für eine Verletzung der Schöpfungsordnung Gottes, so tritt nun das Verhältnis von Staat und Täter selbst in den Mittelpunkt. Mit Blick auf die zweckmässige Staatsführung und Betonung

¹³ Dazu SENN (FN 4), 169–172.

¹⁴ Bei SENECA, *De ira* II.3.8, lautet die meist als Parömie verkürzt zitierte Stelle: «ergo ne homini quidem nocebimus quia peccavit, sed ne peccet, nec umquam ad praeteritum, sed ad futuram poena referetur» (zit. nach der Ausgabe von M. Rossbachl, L. Annaeus Seneca, *Philosophische Schriften* Bd. I (Dialoge I–VI), Darmstadt 1980, 206. Vergleichbare Überlegungen finden sich auch in Senecas «*De clementia*», XX (= 1,22,1) sowie in PLATONS «*Nomoi*», IX (854d–e) und «*Protagoras*», 324b.

¹⁵ CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae. Libri tres* (Frankfurt/Leipzig 1688, 7. Aufl. 1730), 2. Nachdruck, Aalen 1994, 425 (= III.7 N 114).

¹⁶ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), Paris: Ed. Garnier-Flammarion [2 Bde] 1979, 212f. (= VI, 12).

einer speziellen, auf den Täter bezogenen Prävention, fragt man sich nun vermehrt, ob Strafe überhaupt und die Todesstrafe insbesondere das richtige Mittel sei. Dabei tritt die Frage nach Nutzen und Zweck des Todes eines Täters in den Vordergrund, und der zeitgenössische Utilitarismus verlangt immer mehr nach Vorteil und Nutzen einer Strafe für den Staat.¹⁷

C. Talion und «Gefährlichkeit» um 1800 (Kant, Kleinschrod, Grolmann)

Mit der Intensivierung der Frage nach Berechtigung und Nutzen der Strafe im 18. Jh., insbesondere der Todesstrafe, tritt der Täter auch als Mensch in den Vordergrund. Da der Täter als Handlungssubjekt mit freiem Willen aufgefasst wird, dem seine Handlungen bei klarem Verstand zugerechnet werden können, ist Strafe unter präventivem Aspekt also auch um seinerwillen sinnvoll. Dies setzt allerdings voraus, dass Menschen rational handeln, indem sie nicht nur das Unrecht einsehen, das sie begehen, wenn sie handeln oder eine gebotene Handlung unterlassen, sondern dass sie aufgrund ihrer Einsicht tatsächlich auch so und nicht anders handeln. Diese Fragen werden allerdings kontrovers diskutiert.

Schliesslich tritt nun aus der humanistischen Perspektive der Gesichtspunkt der Autonomie der Person eines Täters in den Mittelpunkt. Der Täter als Persönlichkeit wird mit Bezug auf seine Entscheidungsfreiheit und Selbstverantwortung als vollwertiges Individuum der bürgerlichen Gesellschaft erfasst. Nach Immanuel Kant ist daher das gesamte Präventionsstrafrecht bisher blosser Ausdruck eines affektierten Humanismus, der die Autonomie der Täterpersönlichkeit missachte. Strafe ist nach Kant nicht Prävention, sondern Talion. Es bestehe kein Recht, weder die potentiellen Täter noch den konkreten Täter in irgendeiner Weise präventiv therapieren zu wollen. Denn – so Kants Argumentation – der Zweckgedanke widerspreche klar der Anerkennung der Autonomie. Mit der Strafe könne folgerichtig nur der Ausgleich für eine begangene Untat ins Auge gefasst werden. Der Täter sei also nicht mit Blick auf einen ausserhalb seiner Person liegenden Zweck zu strafen, sondern schlicht deshalb, *weil* er als autonom handelnde Person gegen das Recht «verbrochen» habe. Strafe mache folglich keinen andern Sinn, als begangenes Unrecht abzugelten und auszugleichen.¹⁸

¹⁷ Dazu SENN (FN 4), 211–217.

¹⁸ IMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten* (1797), Werkausgabe Bd. 8, hrsg. v. WILHELM WEISSEDEL, Frankfurt am Main 1968, Rechtslehre § E, 339f.

Die Unantastbarkeit der Autonomie des Menschen als Bürger eines bestimmten Staates ist ein edler Gedanke. Dieser Gedanke wird sowohl durch die Ideale als auch insbesondere durch die besorgniserregenden Ereignisse in der Folge der Französischen Revolution geprägt. Die politischen Säuberungsaktionen in Frankreich signalisieren in der strafrechtstheoretischen Debatte Deutschlands erstmals «Gefahren». Dieser Ausdruck kommt jetzt auch immer häufiger auf und tritt in die Diskussion um die Prävention ein, die Kant 1797 mit seiner «Metaphysik der Sitten» abzuschmettern versucht. Vor allem der Terror im Paris der Jahre von 1793 und 94 schockiert und verunsichert das auf Ruhe und Ordnung sowie Wirtschafts- und Handelswachstum bedachte Bürgertum. Die Unberechenbarkeit der Ereignisse bedroht die bürgerliche Gesellschaft mit ihren Wertvorstellungen. Die Vorgänge im Zusammenhang mit der Französischen Revolution lassen den Menschen als unberechenbares, aggressives und daher «gefährliches» Wesen erscheinen, das die bürgerliche Gesellschaft von innen heraus bedroht.¹⁹ Die kategorische Reaktion des Staats auf Rechtsverletzungen ist daher angesagt.²⁰

Gallus Aloys Kleinschrod thematisiert das neue strafrechtstheoretische Dilemma von Abschreckung oder Wiedervergeltung in seinem berühmten Diskussionsbeitrag von 1794.²¹ Hier wird ersichtlich, dass aufgrund der Vorgänge in Frankreich die Einsicht im Hl. Römischen Reich deutscher Nation allgemein wächst, dass dem Rechtsstaat unbedingte Priorität gegenüber der gewalttätigen Spontaneität von Rädelsführern und den Massen einzuräumen ist. Würde nämlich zugelassen, dass das Gesetz fortwährend und folgenlos durchbrochen werden könnte, so bestünde damit, wie Kleinschrod es ausdrückt, die «höchste Gefahr», dass die Täter zur Verspottung der Gesetze zusätzlich gereizt (motiviert) würden.²²

Auch der Giessener Rechtsprofessor und spätere hessische Staatsminister Karl Grolmann definiert die rechtliche Strafe im Jahre 1799 als ein «sinnliches Übel, welches dem, welcher es als solches empfinden kann, zur Entfernung der von ihm gedrohten Gefahr durch Abschreckung derselben oder, Unmöglichmachung der Drohung, zugefügt wird»,²³ und setzt damit den Standardbegriff der Strafe

¹⁹ Vgl. nachstehend auch FN 43.

²⁰ So KANT: Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ (FN 18), Rechtslehre, Teil 1, E, 453.

²¹ GALLUS ALOYS KLEINSCHROD, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen 1794, II, 4 § 45, 101 und auch noch 3. Aufl. 1805, 119f.

²² KLEINSCHROD (FN 21), 102 bzw. 3. Aufl., 122f.

²³ KARL GROLMANN, Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation, Giessen 1799, I, 3, (54).

für die verschiedenen rechtstheoretischen Definitionen im 19. Jh. fest. In unserem rechtshistorischen Kontext interessiert dabei die Tatsache, dass er die traditionellen Definitionselemente nun mit dem Kriterium der «Gefahr» verknötet. Trotz Kants Rigorismus bleibt der Präventionsgedanke über den «Gefahrenbegriff» im Argumentationsbestand der Juristen somit erhalten.

D. «Gefährlichkeit» für den rechtlichen Zustand (Feuerbach)

Paul Johann Anselm von Feuerbach setzte diese Entwicklungslinie fort. Feuerbach ist der bedeutendste Strafrechtstheoretiker der Rechtsstaatsidee. Er gab dem rechtsstaatlichen Gedanken im Strafrecht die noch heute gültige Form: Keine Strafe ohne Gesetz (*nulla poena sine lege*).²⁴

In seinem Lehrbuch des Strafrechts von 1801, das er übrigens seinem Freund Grolmann widmete, unterscheidet Feuerbach zwischen absoluter und relativer Strafbarkeit einer Tat. Die absolute Strafbarkeit ist durch das Gesetz gegeben. Das rechtsstaatliche Prinzip verlangt daher, dass Handlung *und* Strafe ausschliesslich nach dem Gesetz beurteilt werden (*nulla poena sine lege*).²⁵ Wenn das Gesetz jedoch nur den Tatbestand und nicht auch die Straffolge regelt, insofern also unbestimmt bleibt, dann hat der Richter die Strafe nach der «Gefahr», die die Tat «für den rechtlichen Zustand im Staat» darstellt, zu bemessen.²⁶ Kriterium ist das Recht selbst und nicht ein Zweck oder Interesse, nach dem der Grad der «Gefahr» und in der Folge auch das Mass der Strafe zu bestimmen ist. Diese grundlegende Differenz bedeutet: «Je grösser also die Gefährlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand ist, desto grösser ist die Strafbarkeit».²⁷

Die Grösse der Gefahr lässt sich nach folgenden Kriterien bestimmen: Erstens gibt die Bedeutung des gefährdeten Rechts den Ausschlag, dann die Anzahl der gefährdeten Rechte insgesamt, drittens die Intensität und letztlich die Dauer der Gefährdung.²⁸ Der Begriff der Gefährdung ist damit ausreichend bestimmt. Zentral ist dabei, dass der Gefahren-Begriff nicht mit der Person des Täters, sondern ausschliesslich mit dessen Handlungsweise als solcher verknüpft wird.

²⁴ GERD KLEINHEYER/JAN SCHRÖDER, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, 126–133.

²⁵ JOHANN PAUL ANSELM FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts (1801), Reprint Goldbach 1996, §§ 87ff.

²⁶ FEUERBACH (FN 25), § 114.

²⁷ FEUERBACH (FN 25), § 115.

²⁸ FEUERBACH (FN 25), § 116.

E. «Gefährlichkeit» für die Gesellschaft (Hegel)²⁹

Dass Hegel näher bei Feuerbach als bei Kant steht – wo er üblicherweise angesiedelt wird –, verdeutlicht die vorliegende Thematik. In der Regel werden die ersten hundert Paragraphen der Grundlinien der Hegelschen Rechtsphilosophie zitiert.³⁰ Sie sind mit «abstraktes Recht» überschrieben. Darin findet sich die ominöse Formel, Strafe sei die Negation der Negation.³¹ Es ist zu vermuten, dass der dritte Teil, der unter «Sittlichkeit» rubriziert ist, deshalb häufig ausser Acht gelassen wird, weil er analog zu Kants «Metaphysik der Sitten», die zwischen Rechts- und Tugendlehre klar trennt, als jener Teil identifiziert wird, der – ausgehend von der Dichotomie Kants – nichts mit Recht zu tun habe und also vernachlässigt werden könne. So scheint es jedenfalls erklärbar, weshalb im Zusammenhang mit der Strafrechtstheorie Hegels in der Regel nur die §§ 82–103 zitiert werden.

Doch bei Hegels Rechtsphilosophie handelt es sich, was meist übersehen wird, um eine Darstellung von «Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse», wie der Untertitel der «Grundlinien seiner Philosophie des Rechts» es schon sagt. Der dritte Teil ist – im Sinn der Hegelschen Dialektik – nichts anderes als die Überführung jenes abstrakten Rechtsdenkens in die realen Bedürfnisstrukturen der bürgerlichen Gesellschaft und somit die Synthese des Werks. Erst so macht ja auch die sibyllinisch scheinende Parömie zur Gleichheit von Wirklichkeit und Vernunft einen Sinn, weil «das Ergründen des Vernünftigen [...] das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen (ist), nicht das Aufstellen eines Jenseitigen ist, das Gott weiss wo sein sollte».³²

Deshalb sind nicht (mehr) abstrakte (leere) Prinzipien der bürgerlichen Gesellschaft wie Freiheit oder Gleichheit aus der Sicht eines Subjekts massgeblich, sondern allein das Gesetz des Staats. Erst diese gesetzliche³³ Anerkennung und Geltung von Eigentum und Person bildet eine in sich gefestigte und starke Existenz, wie Hegel sagt, insofern sie dadurch nun eine allgemeine und nicht nur eine subjektiv-individuelle Befindlichkeit ist. Daher richtet sich ein Verbrechen im-

²⁹ Vgl. dazu: KURT SEELMANN, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, Freiburg/München 1995, 11–31 u.ö.

³⁰ So etwa: CHRISTOPH MÄHRLEIN, Volksgeist und Recht. Hegels Philosophie der Einheit und ihre Bedeutung in der Rechtswissenschaft, Würzburg 2000, 104 (Anm. 341–347).

³¹ GEORG FRIEDRICH WILHELM HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1820), Werkausgabe Bd. 7, Frankfurt am Main 1970, § 97 Zusatz (186).

³² HEGEL (FN 31), Vorrede, 24.

³³ HEGEL (FN 31), § 217 (370f.).

mer auch gegen die Allgemeinheit, insofern es deren rechtsstaatlich gesetzten Normen und nicht nur das subjektive Recht eines Einzelnen verletzt, und daher tritt mit Bezug auf einen Verstoss gegen die staatlichen Normen auch «der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft ein».³⁴

Eine Untat, die als Verbrechen erscheint, wird, da sie sich gegen die Allgemeinheit richtet, dadurch zunächst verstärkt; doch aus demselben Grund kann umgekehrt, wie Hegel ausführt, die Reaktion auch milder ausfallen. Denn der Grad der Milderung bemisst sich nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten der Täterpersönlichkeit, sondern vielmehr nach dem realen Bewusstsein der Rechtssicherheit dieser Gesellschaft, die ihrer Macht so sicher ist, dass sie das Verbrechen stets als eine Einzelercheinung und somit als ein Isoliertes betrachten *kann*. Mit Blick auf die relativ beschränkte Bedeutung der Untat *kann* die Rechtsordnung als Ausdruck des allgemeinen Willens auch ein Entgegenkommen beim Strafmass erwägen, oder anders gesagt, die Gesellschaft zeigt mit ihrem Vermögen, entgegenkommen zu *können*, gerade ihre wahre staatliche Mächtigkeit. Nie jedoch wird sie das Unrecht gänzlich ungestraft lassen können, ansonsten es sich als Recht Geltung verschaffte.³⁵ Hegels sittlich integrative Konkretisierung des abstrakten Rechtsdenkens der Negation der Negation ist somit eine wohl durchdachte Lösung des rechtsstaatlichen Problems, indem sich ein Verbrechen nicht nur gegen Leben und Leib oder Vermögen und Eigentum eines bürgerlichen Individualinteresses richtet, sondern sich stets auch als Verletzung der Interessen *aller* Bürger darstellt. Dadurch relativiert sich das Verhältnis der Untat zur Strafe, weil sich dieses Verhältnis nach der objektivierten «Gefährlichkeit» der Untat *für* die Gesellschaft und nicht für das einzelne Interesse des Subjekts beurteilt. Strafe als Negation einer Negation wird dadurch dem Dogma der Talion entzogen und erneut mit dem allgemeinen Präventionsgedanken vermittelt.

Das Strafmass richtet sich nach der Mächtigkeit des Rechtsstaats, ein Verbrechen gleichsam «verkräften» zu können. In der Einschätzung der «Gefährlichkeit» einzelner Untaten durch den Staat widerspiegelt sich folglich auch das Mass seiner Selbstsicherheit und des Selbstbewusstseins der staatlich verfassten Bürgerschaft. Hegel erläutert dies anhand eines einleuchtenden Beispiels: Der Diebstahl einer Rübe könne genauso gut mit dem Tod wie der Diebstahl eines hundertfachen Wertes davon bloss mit einer einfachen Sanktion – je nach Schwäche bzw. Stärke des Staats – belegt werden.³⁶ Hegel hat damit den Gesichtspunkt von Ge-

³⁴ HEGEL (FN 31), § 218 (372).

³⁵ HEGEL (FN 31), § 218 Zusatz (373).

³⁶ HEGEL (FN 31), § 218 (372; diese Stelle ist im Original kursiv).

fahr und Gefährlichkeit einer Straftat von der subjektiven Handlungs- und Bewertungsebene weggenommen und durch die dialektische Vermittlung mit dem Interesse des Rechtsstaats identifiziert und dadurch objektiviert.

F. «Gefährlichkeit» der Täter und «objektiver» Naturalismus (Lombroso, Ferri)

Hegels rechtsstaatliches Konzept beruht – hierin gleich wie dasjenige von Kant – auf der Idee der Autonomie jedes einzelnen Menschen. Wird jedoch diese Objektivität des Begriffs der «Gefährlichkeit» nun mit dem Begriff der «Naturgesetzlichkeit» identifiziert bzw. ausgetauscht, wie dies die folgenden Generationen tun, so wird dadurch das fundamentale Prinzip der menschlichen Freiheit negiert. Diese Verwechslung bürgert sich im Verlauf der zweiten Hälfte des 19. Jh. ein und beherrscht die Strafrechtstheorie und -politik mit verheerenden Folgen für die Justizpraxis.

Die weltanschauliche Auffassung, die sich als «objektive» Wissenschaft ausgibt, bezeichnet man als Naturalismus.³⁷ Danach wird alles Bestehende aus der Natur erklärt, wobei «Natur» als ein erfahrbarer Kausalzusammenhang implizit vorausgesetzt wird. Der Naturalismus ist eine Weltanschauung, die sich nach vermeintlich ewig gültigen «Natur»-Gesetzen, wie denjenigen der Biologie, richtet, und sich insoweit der materialistischen Philosophie unterordnet. Diese Weltanschauung beruht zum einen auf dem positivistisch orientierten Glauben an die absolute Erkenntnismöglichkeit der Wirklichkeit, die sie durch «naturgetreue» Abbildung zu erreichen vermeint. Auf der anderen Seite besteht sie in der Vorstellung der totalen Mach- und Verfügbarkeit, «Welt» lasse sich als Konstrukt jederzeit und beliebig beherrschen.³⁸

In der Strafrechtswissenschaft hat dies zu einigen «unheiligen» Allianzen zwischen Juristen und Medizinern geführt. Eines der berühmtesten und nachhaltigsten Beispiele finden wir in der Kriminalanthropologie der Italiener Cesare Lombroso (Gerichtsmediziner), Raffaele Garofalo (Jurist) und Enrico Ferri (Kriminologe). Sie erklären das Verbrechen als Ergebnis einer bestimmten Erb-

³⁷ KURT BAYERTZ, Darwinismus als Politik. Zur Genese des Sozialdarwinismus in Deutschland 1860–1900, in: Welträtsel und Lebenswunder. Ernst Haeckel – Werk, Wirkung und Folgen. Ausstellungskatalog, Linz 1998 (=Stapfia 56 zugleich Kataloge des OÖ. Landesmuseums, NF 131/1998), 230–288, insb. 279ff.,

³⁸ RICHARD LANGE, Das Menschenbild des Positivismus und die philosophische Anthropologie unserer Zeit, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 81 (1969) 556–571.

anlage.³⁹ Danach sind Täter nicht autonom handelnde Individuen, sondern «geborene» Verbrecher. Ihre Gefährlichkeit steht aufgrund einer medizinischen Täterttypologie zum vornherein fest, denn sie sind aufgrund körperlich signifikanter Kriterien wie Gesicht, Körper, Gangart erkennbar. Diese Kriterien sind vererbbar. Die Massenkommunizierbarkeit solcher Auffassungen einer leicht fasslichen Wissenschaft liegt auf der Hand.⁴⁰ Im Zuge der Rassen- und Abstammungslehren wird das klassische Schuldstrafrecht am Ende des 19. Jh. obsolet. Wohin dies im Ergebnis geführt hat, wissen wir zwischenzeitlich. Man kann die naturalistische Wissenschaftsgläubigkeit in der Strafrechtswissenschaft daher auch als eine *konkrete* Form von strafrechtswissenschaftlichem Rassismus bezeichnen.⁴¹

G. «Gefährlichkeit» für die Lebensbedingungen (Liszt)

Franz von Liszt hat die Ableitung eines Verbrechertyps aus den biologischen Grundlagen zwar kritisch hinterfragt, aber dennoch in den Grundzügen beibehalten.⁴² Er geht dabei den sozialen Ursachen des Verbrechens nach und propagiert daher einen gemäßigten Zweckgedanken, indem er die naturalistisch-anthropologische und die milieutheoretische Betrachtungsweise von Untat und Strafe miteinander vermittelt. Parameter für die staatliche Strafreaktion bildet weiterhin die «Gefährlichkeit» des Verbrechertyps. In rechtshistorischer Hinsicht ist dabei von Interesse, dass der Ausdruck «Gefährlichkeit», der sich zwischen 1800 und 1850 einbürgert und im übrigen Schrifttum auch gut belegt ist,⁴³ von der rechtshistori-

³⁹ Dazu: Physiologie und industrielle Gesellschaft. Studien zur Verwissenschaftlichung des Körpers im 19. und 20. Jh., hrsg. v. PHILIPP SARASIN/JAKOB TANNER, Frankfurt am Main 1998; PETER WEINGART/JÜRGEN KROLL/KURT BAYERTZ, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland, Frankfurt am Main 1988, Taschenbuchausgabe 1992; ERIKA KRAUSSE, Ernst Haeckel. Biologe, Darwinist und Künstler, in: Haeckel e l'Italia. La vita come scienza e come storia, hrsg. v. Centro Internazionale di Storia della Nozione e della Misura dello Spazio e del Tempo (Brugine/Padova) sowie des Instituts für Geschichte der Medizin, Naturwissenschaft und Technik der Friedrich Schiller Universität (Jena), Brugine 1993, 43–58.

⁴⁰ Zu vergleichbaren Auffassungen im Zivilrecht gelangt neuerdings: BERTOLD MÜLLER, Rechtliche und gesellschaftliche Stellung von Menschen mit einer «geistigen Behinderung», Zürich 2001, 128–196.

⁴¹ Vgl. HEIDRUN KAUPEN-HAAS/CHRISTIAN SALLER (Hrsg.), Wissenschaftlicher Rassismus. Kontinuität in den Human- und Naturwissenschaften, Frankfurt am Main/New York 1999; ferner SENN (FN 4), 296f.

⁴² FRANZ VON LISZT, Das deutsche Reichsstrafrecht (1881), Reprint Goldbach 1997, 5, 14 u.ö.

⁴³ Eine neue Literaturgattung verarbeitete diese Erfahrung und bot dem belesenen Bürgertum den Nervenkitzel als Individuum, solche Gefahrensituationen «heldisch» auszuhalten und zu bestehen. Das Gefahrenmoment trat in der Gattung des «Räuber- und Kriminalromans» seit Ende des 18. Jh. hervor, das, um den Reiz durch die Authentizität des Lesestoffs noch zu erhöhen, sich öf-

schen Disziplin – wenn überhaupt⁴⁴ – erst im Zusammenhang mit der Strafrechtsschule von Franz von Liszt⁴⁵ gegen Ende des 19. Jh. wahrgenommen wird.⁴⁶

Diese mehr «milieutheoretisch» ausgerichtete Strafrechtslehre von Liszt berücksichtigt die tatsächlichen Umstände, die zum Verbrechen führen können; sie folgert daraus, dass die Strafe immer einen Zweck verfolgen müsse. Zweck der Strafe ist nach Liszt der Rechtsgüterschutz.⁴⁷ Strafe – so Liszt weiter – müsse daher nicht nur ausgleichend vergelten, sondern auch einen gesellschaftlichen Zweck wie Warnung (Generalprävention), Besserung (Spezialprävention) oder Unschädlichmachung (Sicherung) erfüllen. Art und Mass der Strafe haben sich daher nach dem im einzelnen Fall angestrebten Ziel zu richten. So sei der «reuezerknirschte Gelegenheitsverbrecher» anders als der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher zu strafen.

Diesen drei gesellschaftlichen Zwecken des Strafrechts stellt Liszt drei Tätergruppen gegenüber, die allerdings der vorerwähnten kriminalanthropologischen Typologie des 19. Jh. entnommen sind. Danach ergibt sich aufgrund des Kriteriums der «Gefährlichkeit» folgende Abstufung innerhalb der Tätergruppen:⁴⁸

1. Besserung der besserungsfähigen und auch -bedürftigen und 2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Täter sowie 3. Unschädlichmachung bzw. Ver-

ters auf Gerichtsquellen stützte (Dazu: HAINER PLAUL, *Illustrierte Geschichte der Trivialliteratur*, Hildesheim/Zürich/New York 1983, 207–216). Selbst angesehene Juristen wirkten mit. So gab der Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach, der berühmte Rechtsprofessor und Gesetzesredaktor Johann Paul Anselm Feuerbach, eine Sammlung von Fällen «merkwürdiger Verbrechen» heraus, welche gefährliche Täterprofile präsentierte (PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, *Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, 2 Bde, 1828/9). Die Verwendung der Ausdrücke «Gefahr» und «Gefährlichkeit» im politisch-sozialen Schrifttum ist seit Mitte des 18. Jh. nachweisbar und tritt mit der politischen Etablierung des Bürgertums während der Regeneration (also nach 1830) immer häufiger auf (*Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. v. OTTO BRUNNER/WERNER CONZE/REINHART KOSELLECK, Bd. 8/1 *Register*, Stuttgart 1997, 385f.).

⁴⁴ Die Durchsicht der einschlägigen rechtshistorischen Lehrbücher ist diesbezüglich negativ mit nachstehenden Ausnahmen (s. FN 45).

⁴⁵ Vgl. EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1996, 381; LUKAS GSCHWEND, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit*, Zürich 1996, 467 (mit weiteren Nachweisen in FN 1505); STEFAN HOLENSTEIN, *Emil Zürcher (1850–1926) – Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers*, Zürich 1996, 284f.

⁴⁶ Hier eröffnet sich also ein Forschungsfeld.

⁴⁷ LISZT (FN 42), 3.

⁴⁸ FRANZ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3 (1883) 1–47, insb. 36.

wahrung der nicht (mehr) besserungsfähigen Verbrecher. Damit hat Liszt eine dreistufige Strafrechtstheorie entwickelt, die mit den Anliegen der herkömmlichen Strafrechtstheorie des Liberalismus vermittelbar wurde und mit der er der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft einen Ausweg aus der naturalistischen Sackgasse zeigen konnte.

In diesem Kontext definiert Liszt die Strafe als Verletzung eines Rechtsguts (im Interessenbereich des Täters) zum Zweck des Schutzes von Rechtsgütern (im Interessenbereich von Opfer und Gesellschaft).⁴⁹ Aus dieser Reziprozität heraus erscheint die Strafe nicht mehr nur als ein Übel für den Betroffenen, sondern auch als ein Übel für die Gesellschaft – also wie bei Hegel, wenn auch aus einem andern Grund –, weshalb die Strafe als das äusserste Mittel des Staats anzusehen sei, das auf das kleinstmögliche Mass eingeengt werden müsse. Das Mass der Strafe bestimmt sich nun nach der «Gefährlichkeit» des einzelnen Delikts. Liszt definiert das Verbrechen – im Anschluss an seinen ehemaligen Lehrer Rudolph von Jhering – als «die von Seiten der Gesetzgebung kontrastierte Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft».⁵⁰ Er bestimmt den Begriff der «Gefährlichkeit» dabei ähnlich, wenn auch weniger präzise als Feuerbach, durch folgende Kriterien: Die Unersetzlichkeit und den Wert, den die Gesellschaft dem Rechtsgut beimisst sowie die Art und Häufigkeit des Angriffs gegen das Rechtsgut. Hatte Feuerbach den Begriff der «Gefährlichkeit» noch mit der Rechtsstaatlichkeit und Hegel mit der Wechselwirkung von Individuum und Gesellschaft in Verbindung gebracht, so steht der Begriff bei Liszt nunmehr unmittelbar in Bezug auf die existenziellen Interessen der Gesellschaft. Damit wird der Aspekt der «Gefährlichkeit» vom idealen Prinzip des Rechts über die funktionale Relevanz von Aktion und Reaktion innerhalb der Gesellschaft zum Kriterium der Bedrohung der vitalen Bedingungen der Gesellschaft transformiert.

Da der Begriff der «Lebensbedingungen» allerdings auch nichts anderes als ein Schlagwort darstellt, bedarf er stets der pragmatischen Konkretisierung durch den Anwender. Im Zeitalter des Historismus bilden zwar Verzeitlichung und Geschichtlichkeit die Orientierungspunkte und Instrumente der Relativierung aller bisherigen Rechtsanschauungen. Nach Jhering und Liszt hat dieser Relativismus

⁴⁹ LISZT (FN 42), 12.

⁵⁰ LISZT (FN 42) bezieht sich hier (S. 12) – ohne exakte Zitation allerdings – auf das Werk seines ehemaligen Lehrers Jhering. Es findet sich eine vergleichbare Definition bei RUDOLPH VON JHERING, «Der Zweck im Recht» Bd. I (1877, zit. nach 3. Aufl. 1893), Reprint Goldbach 1997, 485, 491. LISZT, der sich nicht als Rechtsphilosoph betrachtete, auch wenn er deren Kategorien selbstverständlich verwendete, hat durch seine Rückverweisung auf Jhering und dessen einschlägiges Kapitel im Ersten Band seines Hauptwerks «Der Zweck im Recht» die Antwort selbst gegeben.

indessen auch zwei feste Standbeine, nämlich: Die Freiheit der Wissenschaft⁵¹ und die pragmatische Erfolgsorientierung.⁵² Dies heisst: Wer das Ziel mittels seiner Methode erreicht, handelt richtig; wer Erfolg hat, ist folglich auch schon auf dem richtigen Weg. «Zweckmässigkeit» als Parameter des Erfolgs etabliert sich als universelles Prinzip der Selbstrechtfertigung in historischer Hinsicht.⁵³ Der objektive Erfolg zeigt sich somit konkret in der kulturellen Entwicklung eines Volks⁵⁴ und zielt auf die «Verwirklichung seiner Daseinsbedingungen». Recht ist demnach, was sich «als die Form der durch die Zwangsgewalt des Staates beschafften Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft» äussert,⁵⁵ oder zugespitzt und mit Blick auf die Weiterentwicklung dieser Sprachpragmatik formuliert: Recht ist, was dem Volke nützt! Wir wissen zwischenzeitlich, was sich aus diesen abstrakt formulierten Vorstellungen in den folgenden zwei Generationen konkret entwickelt hat. Der Begriff der «Gefährlichkeit» wurde für Millionen von Menschen tatsächlich «gefährlich».⁵⁶

III. Zukunft der «Gefährlichkeit» – als Spezifikation des Tatbestandsbegriffs im Strafgesetz

Die Verwendung des Begriffs «Gefährlichkeit» ist im Strafrecht dann ein Risiko, wenn er auf Personen statt auf Tathandlungen bezogen wird. Niklaus Schmid hatte dies anhand seiner kriminologischen Untersuchungen zum Wirtschaftsstraf-täter aufgezeigt. Doch auch im 19. Jh. war dieses Bewusstsein schon einmal vorhanden, wenn wir uns die drei wichtigsten Etappen nochmals vergegenwärtigen.

Die geschichtliche Erfahrung hat gezeigt, dass dem Kriterium der «Gefährlichkeit» klare gesetzesmässige Schranken entgegensetzen sind. Feuerbach hat diese Schranken seinerzeit mit Blick auf die Französische Revolution erkannt und formuliert, indem er den Begriff der Gefährlichkeit nur in den Fällen zulies, wo der Gesetzgeber die Rechtsfolge ausdrücklich ins richterliche Ermessen stellt.

⁵¹ JHERING (FN 50), 436f.

⁵² JHERING (FN 50), 438f. So ersetzt das Kriterium «richtig» dasjenige von «wahr». Die materiale erkenntnistheoretische Frage wird – im Sinn des (Neu-) Kantianismus – in eine explizit methodische transformiert.

⁵³ JHERING (FN 50), 442f.

⁵⁴ JHERING (FN 50), 440.

⁵⁵ JHERING (FN 50), 443.

⁵⁶ Dazu: SENN (FN 4), 288–301; DERS., Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 116 (1999) 407–435, s. Beitrag 16, S. 263–292.

Das Kriterium der Gefährlichkeit wurde dabei gerade nicht auf die Interessen und Zwecke eines «kollektiven Subjekts» wie Volk, Nation oder Staat, sondern ausschliesslich auf den rechtlichen Zustand im Staat, also auf die rechtsstaatliche Gesamtordnung bezogen. Noch Hegel verstand «Gefährlichkeit» aus der Relation von Aktion und Reaktion mit Bezug auf die Mächtigkeit des Staats im Verhältnis zum Täter. Die Beurteilung einer Straftat unter dem Gesichtspunkt der «Gefährlichkeit» bedeutete zugleich die Befreiung des Strafmasses aus dem starren Talionsprinzip im Sinne Kants. Der Hegelsehe Begriff der «Gefährlichkeit» kam folglich dem heutigen Begriff der Verhältnismässigkeit schon nahe. Ausgehend von der Jhering-Schule sowie der zeitgenössischen Kriminalanthropologie wurde seit Liszt der Begriff der «Gefährlichkeit» auf die Lebensbedingungen der Gesellschaft und ihre vitalen Interessen bezogen. Liszts Begriff der «Gefährlichkeit» kam somit dem Begriff einer erfolgsorientierten Zweckmässigkeit – nach dem Prinzip: Der Zweck rechtfertigt die Mittel – nahe. Mit dem Interessenbegriff im Sinn von Liszt und Jhering wurde somit auch eine Subjektivierung derart eingeleitet, dass das nationale Volksinteresse zum Richtmass werden konnte.

Aus der Geschichte des Begriffs der «Gefährlichkeit» ist daher zu folgern, dass dieser Begriff innerhalb eines rechtsstaatlich verfassten Strafrechts grundsätzlich fragwürdig ist, ausser dort, wo die Rechtsfolge in einem klar bestimmten Entscheidungsrahmen an eine konkrete Tatbestandsmässigkeit geknüpft ist. Der Begriff der «Gefährlichkeit» kann und darf sich nur auf definierte Tatbestandselemente beziehen, denn es ist Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, diese Kriterien aufzustellen und zu bestimmen. Mit Vorteil wird, wie wir sowohl aufgrund der kriminologischen Studie Schmidts als auch aufgrund der vorliegenden rechtshistorischen Darlegungen gesehen haben, der Begriff «Gefährlichkeit» daher nur mit der Handlung und nicht mit der Person des Täters strafrechtlich relevant verknüpft.

Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren*

Inhaltsübersicht

I. «Seuche» – körperlich oder geistig?	264
II. Begriffe	265
III. Die Rassenhygiene des Nationalsozialismus – ein Sonderfall?	269
IV. Eine Diskussion zwischen Wissenschaftlern und Politikern vom 2. Juli 1932 in Berlin betreffend ein neues Sterilisationsgesetz	271
A. Tagungsthema und Teilnehmer	271
B. Der Eugeniker Muckermann	273
C. Die weiteren Diskutanten	275
V. Nationalsozialistisches Erbgesundheitsrecht	277
VI. Beispiel 1 einer Vorstufe: Binding/Hoche (1920)	279
VII. Beispiel 2 einer Vorstufe: Winklers juristisches Lehrbuch (1928)	280
VIII. Charakteristika dieses Denkens	282
IX. NS-Taten aufgrund der Gesetze	283
X. Beispiel 3 einer Vorstufe: Die internationale Diskussion	284
XI. Beispiel 4 einer Vorstufe: Der Kampf ums Recht (1872)	285
XII. Offene Fragen – eine Antwort	287
XIII. Literaturverzeichnis	288
A. Primärliteratur	288
B. Sekundärliteratur	290

* Erstpublikation in: ZRG.GA 116 (1999), S. 407–435. Publikationsfassung des Vortrags vom 21. Januar 1998 im Rahmen des Wissenschaftshistorischen Kolloquiums der ETH und Universität Zürich im Wintersemester 1997/98 zum Thema «Seuchen». Für die Unterstützung danke ich Frau Susanne Roeßiger vom «Deutschen Hygiene-Museum» in Dresden, lic. iur. Markus Hofmann und cand. iur. Catherine Strunz. Ein Literaturverzeichnis findet sich am Ende dieses Aufsatzes.

I. «Seuche» – körperlich oder geistig?

Seuchen als historische Phänomene handeln von körperlichen Krankheiten, von ihren Ursachen und Auswirkungen einerseits sowie von den Reaktionsmöglichkeiten der betroffenen Gesellschaft andererseits. Jedoch auch falsche Vorstellungen, welche die politischen Machthaber, die Wissenschaftler und die Menge beherrschen, können verheerende Folgen zeitigen. In diesem Falle läßt sich das mentale Phänomen auch als «Seuche» begreifen.

Die Seuche, von der im folgenden zu handeln ist, besteht in der Vorstellung, daß ein physischer Defekt (oder ein soziales Problem) wie eine Krankheit nur durch eine bestimmte Gruppe von Menschen übertragen werden kann. Die Übertragung erfolgt durch Vererbung. Diese Gruppe verursacht und verbreitet daher einen gemeingefährlichen Defekt. Sie macht krank und stellt ein Dauerrisiko für ihre Gesellschaft dar. Die Umgangssprache verrät es: Man fürchtet diese Gruppe genauso wie die Pest.

Die Gesellschaft überträgt in der Folge solche Vorstellungen in ihre Rechtsordnung. Das Recht als Inbegriff des legitimen Zwanges einer Gesellschaft gegen die Einzelnen ermöglicht es, daß nun mit Recht verlangt werden kann, daß jene Gruppe, die das gesellschaftliche Gefährdungspotential verkörpert, zum Schutze der großen Mehrzahl gesellschaftlich ausgegrenzt wird. Die krankmachende Bedrohung, welche der Risiko-Gruppe zugeschrieben wird, berechtigt, ja verpflichtet die Gesellschaft zur Aussonderung.

Die ersten Ideen werden meistens von irgend welchen Außenseitern einer Gesellschaft hervorgebracht und ihr als neuer Input vermittelt. Neue Ideen erregen Aufsehen und Aufregung. Sie wecken Neugier. Sie stressen die Emotionen der Masse. Die Nachdenklicheren kritisieren oder wehren sie ab. Alle diese Auseinandersetzungen machen die neuen Ideen erst allgemein bekannt. Schon die nächste Generation reflektiert die zugrunde liegende Problematik nicht mehr, jedenfalls nicht mehr gleich, denn sie spielt bereits mit bekannten und vertrauten Ideen. Die enttabuisierten Vorstellungen stellen jetzt diskutabile Elemente einer ohnehin jederzeit veränderbaren Rechtsordnung dar.¹

¹ Von der Erzeugung der ersten Ideen über deren Sozialisierung bis zu ihrer Verrechtlichung sind es drei Schritte. Vom ersten Aufkommen der Evolutions- und Rassenlehren Mitte des 19. Jh. bis zu deren Positivierung in Gesetzen des 20. Jh. vergehen rund achtzig bis neunzig Jahre. Jeder Schritt beansprucht somit die aktive Phase einer Generation.

Wir werden im Verlaufe dieser Ausführungen auch sehen, daß es vor allem Nutzenüberlegungen und Ängste sind, welche die Menschen immer wieder dazu treiben, solche Vorstellungen als gesellschafts- und rechtsfähig zu akzeptieren, die rückblickend kaum jemand mehr als verständlich erkennt, geschweige als richtig anerkennt.

Das historische Phänomen der mentalen Seuche heißt nach der klassischen Terminologie «Eugenik». Im deutschen Sprachraum hat sich Ende des 19. Jh. dafür die Vokabel der «Rassenhygiene» eingebürgert. Ich verwende im folgenden diese zeittypische Bezeichnung, um eine doppelte Präzisierung aufrecht zu erhalten, nämlich einerseits soll mit der Betonung der «Rassenhygiene» die Verwandtschaft dieses Denkens mit den Rassenlehren, dem Sozialdarwinismus und dem imperialen Habitus der Jahrhundertwende unterstrichen werden, andererseits soll aber gleichzeitig auch ein begriffliches Differenzkriterium bestehen bleiben, um die seriös gemeinten Auffassungen der Humanmedizin davon zu unterscheiden. Denn es gibt eine humanmedizinisch seriöse Hygiene und Eugenik.²

II. Begriffe

Ich möchte die Begriffe der Eugenik, Rassenlehre und des Sozialdarwinismus, die ich soeben einführte, noch kurz erläutern:

1. Heute können Sie den zeittypischen Begriff der Rassenhygiene³ wohl in keinem Lexikon mehr nachschlagen. Doch der Begriff der *Eugenik* wird seit der Antike (Platon, Aristoteles) diskutiert. Eugenik ist Erbgesundheitslehre. Sie will die gesunden Veranlagungselemente, die vererbt werden, fördern und umgekehrt die kranken Veranlagungselemente, die vererbt werden, eindäm-

² Man denke an die erfolgreiche Bekämpfung des Kindbettfiebers und der Infektionskrankheiten durch Ignaz Semmelweis und Robert Koch im 19. Jh. sowie im weiteren Zusammenhang auch an die damals dringend gebotene öffentliche Hygiene in den Industrie-Städten mit ihren Entsorgungsproblemen und die Verbesserung der Lebensbedingungen in den Arbeiterslums. Auch die Eugenik kennt humanmedizinische Aspekte, die sich ernsthaft diskutieren lassen. Soweit ich feststellen konnte, unterscheiden sich selbst die Humanmediziner von den trivialwissenschaftlichen Ansichten ihrer Zeitgenossen, insbesondere von den Rassenlehren und dem Sozialdarwinismus, so A. Grotjahn (1926), S. 6.; E. Meltzer (1925), S. 102ff.; L. Wilser (um 1910), S. 6. Erst nach dem Ersten Weltkrieg werden die Begriffe der Eugenik und Rassenhygiene zunehmend gleichbedeutend verwendet, siehe: Der Grosse Brockhaus (1933), S. 389.

³ Der Begriff wurde von Alfred Ploetz und Wilhelm Schallmayer um 1895 eingeführt (Schmuhl, S. 145, sp. 2).

men.⁴ Freilich sind die ihr zugrundeliegenden Differenzkriterien «gesund/krank» nicht nur durch die Naturwissenschaften, sondern auch durch gesellschaftspolitische und ethische Leitbilder «normiert». Mit Recht betont daher ein heutiges Gesundheitslexikon, daß niemand einfach erbggesund oder erbkrank sei und daß mit der unkritischen Anwendung solcher Vorstellungen oft Mißbrauch getrieben werde.⁵

2. Die Geschichte der *Rassenlehren* beginnt Mitte des 19. Jh., auch wenn von «Racen» im Sinne der Kulturanthropologie seit Ende des 18. Jh. häufiger die Rede ist.⁶ Diese Rassenlehren begründen sich dagegen durch biologische Kriterien. Sie treten nach 1850 gleichzeitig in Frankreich (Arthur Comte de Gobineau⁷), England (Robert Knox, James Hunt)⁸ und Deutschland (Karl Vollgraff⁹, Carl Gustav Carus)¹⁰ in Erscheinung.¹¹ Bemerkenswerterweise werden die Ideen bzw. die Autoren von einigen namhaften Juristen des süddeutschen Liberalismus (Johann Caspar Bluntschli)¹², auch schon von Robert v. Mohl^{13,14} in ihren populären Staatslexika sowie rechtspolitischen und verfassungsgeschichtlichen Werken schnell rezipiert und verbreitet. Der Grund dafür liegt in der damaligen Rechtslehre, die sich auf historischen und nationalen Anschauungen der Volksgeistlehre aufgebaut hatte. Mit den Rassenlehren – so scheint

⁴ Brockhaus Enzyklopädie (1988) Bd. 6, S. 617.

⁵ Der Gesundheits-Brockhaus (1984) weist ausdrücklich auf das Problem des Missbrauchs und der unkritischen Anwendung der Eugenik hin (S. 194, sp. 2). Beim Begriff der Erbkrankheiten wird festgestellt, daß niemand erbggesund sei bzw. daß der Begriff meist nur Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten wiedergebe (S. 186, sp. 2).

⁶ Ein bedeutendes Beispiel hierfür sind die Beiträge von Immanuel Kant, Von den verschiedenen Racen der Menschen (1775) und Bestimmung des Begriffs einer Menschenrasse (1785). Diese Beiträge wurden durch den Neukantianismus seit Ende des 19. Jh. ins Bewußtsein gebracht (siehe Anm. 23 und Anm. 106 nachfolgend).

⁷ G. L. Mosse (1978/1990), S. 76ff.

⁸ G. L. Mosse (1978/1990), S. 89ff.

⁹ Dazu W. Speitkamp (1997), S. 19ff.

¹⁰ G. L. Mosse (1978/1990), S. 52f.

¹¹ Bereits der späteren Generation zuzurechnen sind: Ludwig Schemann (dazu P. E. Becker II, 102ff.) sowie Wilhelm Schallmayer und Alfred Ploetz (dazu P. E. Becker I, 1 ff., 57ff.).

¹² M. Senn (1993), insb. S. 384 Anm. 39.

¹³ Mehr mit sachlichem Bezug, da R. v. Mohl gleichzeitig mit den erwähnten Autoren publiziert, wobei er Vollgraff bereits rezipiert, III (1858), S. 361ff.: mit Kritik an dessen vereinfachender Darstellung. Bezüge ferner in: I (1855), S. 95f. (Racenlehre); II (1856), S. 323 (frühantisemitische Äußerung).

¹⁴ Hierher gehören auch schon Rotteck und Welcker mit ihren ambivalent frühantisemitischen Anschauungen, die die rassenideologischen Argumentationen oben erwähnter Autoren freilich noch nicht kennen können. Aber die Grundmuster der frühantisemitischen Einstellungen sind vergleichbar (s. Anm. 91, dazu: R. v. Treskow, 1990, S. 160–169).

es – lassen sich die nationalen und historischen Eigenschaften der sprachlichen und kulturellen Identität einer Nation bzw. eines Volkes nun durch biologisch fundierte Unterscheidungskriterien der Rassen – auch und gerade in der Diskussion um die damalige Judenemanzipation im modernen Rechtsstaat und die frühantisemitische Reaktion – im Rechtsdenken festigen.¹⁵ Zu diesem Diskurs auf rationaler Ebene gesellen sich auch emotionale Komponenten. Nicht zu unterschätzen sind die literarischen und musikalischen Bildungselemente der Gründerzeit bis zum ersten Weltkrieg. Mit ihnen werden die Vorstellungsweisen emotional konsolidiert.¹⁶ Im Umfeld des neuen Hygiene- und Gesundheitsbewußtseins¹⁷ und eines pragmatischen Utilitarismus, der sich durch Härte, Eroberung und Krieg auszeichnet, überhöhen diese Elemente die rassenhygienischen Vorstellungen¹⁸ im Sinne des Reinheitskults zur politischen Biologie.¹⁹ Sie verbinden sich mit dem Ästhetizismus des Gesamtkunstwerks²⁰ und Naturalismus in den bildenden Künsten, der Literatur und

¹⁵ Sie vermengen sich mit dem bereits sprachlich (!) bestehenden Gegensatzpaar von Ariern und Semiten, woraus mit Bezug auf die Judenemanzipation in Deutschland (1869/71) der Antisemitismus als politische Reaktion entsteht (Marr, 1879). Auch die rassische Unterscheidung gehört zum Reinheitsideal der Rassenhygiene.

¹⁶ Ich denke insbesondere an Richard Wagners Werk und Schriften, vor allem an die sog. Regenerationsschriften, die in den Bayreuther Blättern publiziert wurden ([Religion und Kunst, 1880; Christentum und Heldentum, 1881] sowie «Das Judentum in der Musik» [1850, 2. A. 1867], *alle* wiederveröffentlicht in: M.-G. Dellin (Hg.), Richard Wagner, Mein Denken, München–Zürich 1982) und an den gleichzeitig geschaffenen, antisemitisch intendierten «Parsifal» als (rassenhygienisch) «reiner Tor» (Richard Wagner, Wie antisemitisch darf ein Künstler sein?, Musik-Konzepte 5/1981; Wagner, Parsifal, Der Opernführer, München 1990; D. Borchmeyer, Richard Wagner und der Antisemitismus, in: U. Müller/P. Wapnewski, Richard-Wagner-Handbuch, Stuttgart 1986, 137–161). – Wagner war mit Gobineau befreundet, inspirierte Nietzsche und dessen Herrenmoral (Jenseits von Gut und Böse [1885], Nrn. 202, 259) auch trotz Nietzsches Ablehnung des Bayreuther-Antisemitismus (Der Fall Wagner; Nietzsche contra Wagner [Wie ich von Wagner loskam]; Ecce homo [Der Fall Wagner], *alle* 1888; Manfred Eger, «Wenn ich Wagner den Krieg mache», Wien 1988). Wagner wirkte auch auf seinen Schwiegersohn Houston Stewart Chamberlain (Becker II, 176ff.). Der Bayreuther-Kreis ist zwar nur *ein*, aber dennoch ein bedeutender Schrittmacher, der nicht unterschätzt werden sollte (Andrea Mork, Richard Wagner als politischer Schriftsteller, Frankfurt/M. 1990; sowie [Richard Wagners vergessene Enkelin] Friedelind Wagner, Nacht über Bayreuth, New York 1944, deutsch 1945, Köln 1994).

¹⁷ M. Frey, 1997.

¹⁸ So beklagen sich der Leipziger Arzt Ludwig Wilser, 1910, S. 6f., der Berliner Stadtarzt Max Hodann, 1928, S. 17 und Alfons Fischer, 1923, S. 104 betreffend die Einbürgerung des als problematisch empfundenen Begriffs «Rassehygiene».

¹⁹ J.-Chr. Kaiser/K. Nowak/M. Schwartz, 1992.

²⁰ F. H. Winther, 1920.

Rechtslehre²¹ sowie mit dem antikheroischen Ideal der Leibes- und Geistes-
zucht,²² der Lebensphilosophie und «Herrenmoral» der Nietzsche-Epigonen²³.

Insgesamt schaffen alle diese Strömungen eine mentale Grundhaltung, die sich außenpolitisch als kriegstreibend auswirkt und sich innenpolitisch als soziales Spannungsfeld auch in einem klassenkämpferischen Antagonismus entlädt.²⁴ Die innenpolitische Diskussionsbasis der Jahrhundertwende muß daher um die außenpolitische Dimension des Kolonialismus und Imperialismus erweitert betrachtet werden,²⁵ um die sozialpolitische Tragweite des meinungsmäßigen Bodensatzes und die Bedeutung der Verrechtlichung der Diskussion betreffend die nationale Volksgesundheit vollständig und richtig einschätzen zu können.²⁶ Sie prägen den Zeitgeist der «Rassenhygiene», der weder eine reine Unter- noch Oberschichtangelegenheit ist. Er zieht sich vielmehr quer durch alle Bevölkerungsschichten hindurch.

3. Als *Sozialdarwinismus* bezeichnet man die auf der Evolutions- und Selektionstheorie von Charles Darwin begründete Auffassung, die menschliche Gesellschaft funktioniere nach den Gesetzmäßigkeiten von Fauna und Flora. Darwin hatte 1859 sein naturwissenschaftliches Hauptwerk veröffentlicht, das bereits ein Jahr später in deutscher Sprache unter dem Titel erschien: «*Die Entstehung der Arten durch natürliche Zuchtwahl oder die Erhaltung der begünstigten Rassen im Kampf ums Dasein*». Bedeutend sind die plakativen Schlagworte «begünstigte Rassen» sowie «Kampf ums Dasein» für die Folgezeit. Darwin sagt, daß Pflanzen und Tiere durch Anpassung an ihre Umwelt überleben und daß sich im Kampf ums Dasein nur das jeweils stärkste Lebewesen durchsetze. Francis Galton überträgt diese von Darwin nur mit Bezug auf die Welt der Pflanzen und Tiere begrenzt geäußerte Evolutionstheo-

²¹ Siehe Jhering am Ende des Vortrags (bei Anm. 104f.).

²² Dazu: B. Näf, 1986, insb. S. 116–159.

²³ C. Ebert-Stockinger, 1917/1929, Motto (S. 6); E. Lehmann, 1921, S. 120 («Morgenröte») sowie mit Bezug auf I. Kants Racenlehre (S.121 [s. dazu Anm. 6 zuvor]). – Ebenfalls sind die Elitentheorien (Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, Robert Michels) hier anzusiedeln. – Dazu ferner: P. Weingart/ J. Kroll/K. Bayertz, 1992, S. 64ff.

²⁴ K. Marx/F. Engels verwenden im Kommunistischen Manifest von 1848 die Begriffe von Klasse und Rasse bereits synonym, um die Internationalität des Kapitalismus aufzuzeigen (zit. b.M. Senn 1997, S. 254).

²⁵ Deutschland hat gegenüber England, Frankreich, Spanien, Portugal, Niederlande wegen des lange verpaßten Einigungsprozesses in Deutschland gleichsam in Zeitraffung einen Nachholbedarf, den es daher auch aggressiver bewältigen zu müssen glaubt, dazu R. P. Siefert, Sozialdarwinismus, 1994, S. 138; H.-W. Schmuhl, 1994, S. 145f.

²⁶ Siehe: L. Gall, 1997, S. 17 und 178f. sowie H.-G. Marten, 1987, S. 78–81.

rie knapp zehn Jahre später auf die Gesellschaft.²⁷ Nach Galton steht dabei fest, daß sich die Träger des minderwertigen Erbgutes stärker fortpflanzen (um überleben zu können) als die Träger von hochwertigem Erbgut. Diese Anschauung bildet eine wesentliche Grundlage der Rassenhygiene.²⁸

III. Die Rassenhygiene des Nationalsozialismus – ein Sonderfall?

Auf diesem Konglomerat²⁹ von Sozialdarwinismus, Eugenik und Rassenlehren beruht die (eugenische) «Rassenhygiene» als politische Biologie des frühen 20. Jahrhunderts³⁰. Daher muß – unabhängig von der Thematik der Schuldfrage – mit Bezug auf die rassenhygienischen Folgenlasten in Deutschland zwischen 1933 und 1945 festgestellt werden, daß die Nationalsozialisten weder die Rassenlehren noch den Antisemitismus, weder die Rassenhygiene noch die Euthanasie «erfunden» haben, sondern diese halbtheoretischen Versatzstücke rezipierten, die zwischen 1860 und 1930 in ganz Europa und in den USA entwickelt und etabliert wurden.³¹ Die entscheidende Differenz zur Entwicklungs- und Etablierungsphase liegt in deren Verdichtung und Verschärfung als Weltanschauung und Partei-Ideologie,³² vor allem aber in deren rigoroser Umsetzung in die Praxis. Ohne die

²⁷ R. P. Sieferle 1994, S. 139. Darwin selbst stützt sich auf seinen Landsmann Herbert Spencer und dessen Entwicklungsprinzip des individuellen Existenzkampfes.

²⁸ Mit dem Sozialdarwinismus scheint sich das Thema aus der frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskussion des Rechts des Stärkeren zu verbinden (mit Bezug auf Thukydides oder Tacitus, um Machiavelli zu umgehen). Indessen besteht ein entscheidender Unterschied: Die sozialdarwinistische Ansicht versteht sich als eine undiskutable, weil auf naturwissenschaftlicher Objektivität scheinbar beruhende Gesetzesmäßigkeit des wahren Lebens.

²⁹ Den unmittelbaren Eindruck einer kritischen Lesart dieser Lebenssituation widerspiegelt Alban Bergs musikalisches Bühnenwerk «Wozzeck» (ca. 1915–22), das auf Georg Büchners «Woyzeck» (ca. 1835) beruht.

³⁰ Diesen Zeitgeist widerspiegelt das 8. Kapitel: Rassenhygiene aus dem «Katalog der Gruppe Rassenhygiene der Internationalen Hygiene-Ausstellung 1911 in Dresden», siehe bei M. v. Gruber/E. Rüdin, 1911, insb. S. 111f.

³¹ Anderer Meinung mit Bezug darauf, daß nicht alle Eugeniker (wie Ploetz) oder Rassentheoretiker (wie Gobineau) antisemitisch eingestellt waren, ist G. L. Mosse, 1990, S. 104. Ich sehe indessen keine Notwendigkeit, Ereignisketten nach dem Kausalmodell zu entwickeln, um Vor- und Nachläufer zu bilden. Das scheint mir angesichts der diffusen Lage und den individuellen Ausgestaltungen der jeweiligen Ansichten je Autor auch nicht erforderlich. Vielmehr geht es darum, das Konglomerat als Bodensatz für eine besondere Entwicklung der NS-Ideologie zu betrachten.

³² Eine anschauliche Darstellung des Alltags der ersten Jahre unter dem NS-Regime vermittelt Bertolt Brechts Zeitstück «Furcht und Elend des Dritten Reiches» mit 24 knappen Situations-schilderungen aus dem Alltag (1935–39).

parallel geführten Diskurse auf den Ebenen der Fachwissenschaft und den parallel dazu verlaufenden Alltagsdebatten wäre die NS-Ideologie als extremes Produkt aus dem tolerablen Rahmen gefallen. Doch alle diese Diskussionen bilden ein gemeinsames Niveau, auf dem auch extreme Positionen mitdiskutiert werden können.

Eine Geschichtsbetrachtung unter der Etikette «eine bestimmte Nation von 1933 bis 1945» reproduziert durch ihre segmentäre Deskription von Greuelereignissen nur Unzusammenhängendes und somit Unverständliches. Wer nicht versteht, begreift Geschichte unter dem Aspekt der diskontinuierlichen Plötzlichkeit, in der das Schicksal – gleichsam metaphysisch – zum eigendynamischen Machtfaktor «emporsteigt». Das ist ein gefährlicher Romantizismus, den die Historikerzunft allerdings während Jahren pflegte.

Geschichte lebt zwar von den großen Zäsuren, die in Erscheinung treten und zum geschichtlichen Gedächtnis gerinnen, doch die schleichenden und unscheinbaren, oft unterschätzten oder im Rückblick heruntergespielten, vielleicht sogar aus Scham oder Rücksicht ausgeblendeten Vorgänge haben eine gleichrangige, wenn auch aus Überlieferungstechnischen Gründen weniger gut nachweisbare Funktion wahrgenommen. Wie schlechte Ärzte handeln Historiker dann, wenn sie nur das auffällige Symptom, die Eiterbeule, behandeln, nicht aber nach den Ursachen und der Inkubationsphase forschen. Verstehen heißt ja nur, Ursachen und Zusammenhänge begreifen wollen; verstehen heißt nicht auch gutheißen.

Die deutsche Forschung arbeitet das Thema seit etwa zehn Jahren auf.³³ Ansätze dazu sind in der Schweiz seit etwa zwei Jahren festzustellen.³⁴ Meine Darstellung

³³ Dazu P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz, 1988; R. P. Sieferle, 1996, S. 436ff.; B.-M. Baumunk/J. Riess, 1994.

³⁴ An der Universität Zürich ist das Thema Gegenstand der Lehre bei Dr. Béatrice Ziegler Witschi, die im WS 1996/97 ein Seminar «Der (Alb-)Traum vom perfekten Menschen, vom gesunden Volk: Eugenik in der Schweiz» durchführte. Prof. Jakob Tanner hielt im SS 1997 die Vorlesung: «Von der ‹Rasse› zum Rassismus: Entstehung, Begründung und Wirkung eines Deutungsmusters (18.–20. Jh.)». Herr Tanner teilte mir am 12.6.97 zudem mit, ein Seminar über Degenrationstheorien, Dekadenzbefürchtungen und Eugenik vor dem Ersten Weltkrieg zu organisieren. Ferner ist eine Arbeit des Publizisten Christoph Keller (1995) zu erwähnen. An diesen Themen arbeitet ferner Frau Prof. Dr. Regina Wecker an der Universität in Basel (Historisches Seminar). Anlässlich des Schweizer Historiker- und Historikerinnentages vom 10.10.97 in Bern wurde eine Sektion «Sozialdisziplinierung durch eugenische Konzepte: Vorstellungen und Maßnahmen» durchgeführt. Ferner hat «Die Weltwoche» in ihren Sommerausgaben Nr. 24–27/1997 eine Debatte über Schweizer «Eugenik» der Jahrhundertwende publiziert. Zu dieser Debatte finden sich auch einige Hinweise bei L. Gschwend (1996), S. 511f.; zur internationalen Verflechtung der Schweiz bei Kriegsausbruch siehe: St. Kühl, 1997, S. 128–135.

des Themas orientiert sich zum größeren Teil an (gedruckten) Materialien, die wir eigens für dieses Referat im «Deutschen Hygiene Museum» in Dresden vor Ort sichteten. Bei der Durchsicht dieser Materialien ist mir ein publiziertes Protokoll von einer Debatte aufgefallen, das bisher nur am Rande zur Kenntnis genommen wurde.³⁵ Der Bericht eröffnet indessen den Blick auf drei zentrale Aspekte, nämlich wie offen und teilweise differenziert noch ein halbes Jahr vor der legalen Machtergreifung der Nazis das Thema der Sterilisation diskutiert werden kann, ferner welche wissenschaftlichen Paradigmen aber umgekehrt die Diskussion beherrschen und wie selbst im Angesicht der nationalsozialistischen Mitdiskutanten der Ernst der politischen Lage von den meisten Anwesenden verkannt wird.

IV. Eine Diskussion zwischen Wissenschaftlern und Politikern vom 2. Juli 1932 in Berlin betreffend ein neues Sterilisationsgesetz

A. Tagungsthema und Teilnehmer

Es handelt sich um eine wissenschaftliche Tagung, die ein neues Gesetz betreffend die Sterilisierung aus eugenischen Gründen politisch vorbereiten soll. Die Debatte gibt m.E. anschaulich einen Einblick in das damalige Denken zur Rassehygiene. Die Tagung fand am 2. Juli 1932 in Berlin statt. Das stenographische Protokoll wurde als «Bericht über die Verhandlungen eines zusammengesetzten Ausschusses des Preußischen Landesgesundheitsrats vom 2. Juli 1932» zusammen mit einem Entwurf und einer Begründung zum «Sterilisierungsgesetz» dem preußischen Ministerium für Volkswohlfahrt unterbreitet. Der interessierten Öffentlichkeit wurde der Bericht unter dem Titel «Die Eugenik im Dienste der Volkswohlfahrt» ebenfalls zugänglich gemacht.³⁶

An der Tagung nehmen rund 75 Personen teil, die sich aus vier Gruppen zusammensetzen, nämlich einer Berichterstattungsgruppe von drei Universitätsprofessoren, darunter einer der führenden Eugeniker sowie je ein Mediziner und Jurist,³⁷ einem politischen Landesgesundheitsrat mit 24 Medizinern (darunter zwei

³⁵ P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz, 1992, S. 294ff.

³⁶ Die Eugenik im Dienste der Volkswohlfahrt, 1932, im folgenden zit. als «Bericht».

³⁷ Die drei Referenten sind

- der Eugeniker Prof. Dr. phil. Hermann Muckermann (1877–1962) aus Berlin. Er war mit kaum zwanzig Jahren dem Jesuitenorden beigetreten und als Weltgeistlicher tätig. Er studierte

Frauen), einer Gruppe von 36 sachverständigen Ärzten und Juristen (darunter drei Frauen)³⁸ sowie acht Verbandsvorsitzenden in Vertretung zweier preußischer Provinzen und des Städtetags sowie der Caritas, der Zentralwohlfahrtsstelle der deutschen Juden, des Bischöflichen Ordinariats, des Evangelischen Oberkirchenrats und der (evangelischen) Inneren Mission (Deutschlands), deren Präsident sich in der Diskussion als einziger aus dieser Gruppe äußert.

Im Mittelpunkt dieser Tagung stehen nicht Fragen der Strafrechtsreform, wie man aufgrund der Diskussionen der zwanziger Jahre vermuten könnte, sondern die Bevölkerungspolitik Deutschlands mit dem Ziel, ein Sondergesetz nicht nur für Preußen, sondern für das ganze Reich zuletzt zu verwirklichen.³⁹

Der Vorsitzende der Tagung umschreibt das Leitbild der Diskussion:

«Keine Gesundheitspolitik, keine Wohlfahrts- und keine Bevölkerungspolitik kann heute mehr getrieben werden, ohne dabei eugenisch zu denken, ohne dabei auch das Erbgut unseres Volkes zu berücksichtigen. Denn wir müssen uns doch auch vor Augen halten, daß die Erbanlagen unseres Volkes auch die Grundlagen für seine wirtschaftliche und kulturelle Entwicklungsfähigkeit sind und bleiben.»⁴⁰

So unverfänglich diese Einleitungsworte uns heute erscheinen mögen, so gewichtig sind sie unter dem Aspekt ihres Aussagegehalts im zeitgemäßen Kontext: Es geht um Bestand und Entwicklung der vorhandenen wirtschaftlichen und kulturellen Grundlagen Deutschlands im Angesicht der politischen und wirtschaftlichen Depression. Eine pessimistische Zukunftserwartung betreffend das europäisch kulturelle Erbe im allgemeinen⁴¹ und die deutsche Bevölkerungsentwicklung im besonderen macht sich seit der Jahrhundertwende breit. Die Einleitungsworte

Mathematik und Naturwissenschaften und war von 1927–1933 Leiter der Abteilung für Eugenik am Kaiser-Wilhelm-Institut in Berlin. Nach dem Krieg (1948) wurde er ebenda Professor für angewandte Anthropologie und Sozialethik,

- der Breslauer Arzt Prof. Johann Lange, der differenzierter argumentiert und daher weniger Applaus erntet (Bericht [Anm. 36, S. 42]; siehe auch Anm. 64 nachfolgend) sowie
- der Berliner Strafrechtsprofessor Eduard Kohlrausch (1874–1948).

³⁸ Darunter die spätere Zentrums- bzw. SPD-Politikerin Helene Wessel und die Ärztin Klara Bender aus Bresslau, die sich durch ein ebenso engagiertes wie wissenschafts- und gesellschaftskritisches Votum auszeichnet (s. Anm. 64).

³⁹ Bericht, S. 112.

⁴⁰ Bericht, S. 7.

⁴¹ Etwa bei Houston Stewart Chamberlain (s. Literaturverzeichnis bei Beckmann II, 1990, S. 226) oder Oswald Spengler (Der Untergang des Abendlandes, 1918–22). Aber auch in der zeitgenössischen Musik wird die Situation der Todesstimmung etwa von Gustav Mahler, in seinen Sinfonien Nr. 5, 6 und 9 (1902–1911) im Sinne einer gesellschaftlichen Reflexion des Bürgertums des fin de siècle (9. Sinfonie, 1. Satz) verarbeitet und die Gegensätze zwischen jüdischer und deutscher Kultur (5. Sinfonie, 1. Satz) vertont.

sind ferner vor dem Hintergrund zu sehen, daß Deutschland durch die allgemeine Weltwirtschaftskrise und zufolge der hohen Schadenersatzleistungen, zu denen es durch den Versaillervertrag von 1919 verpflichtet wurde, unter besonders starkem wirtschaftlichem Leistungsdruck stand. Das Lösungswort heißt Eugenik oder Rassenhygiene mit dem Ziel der Sanierung des Staatshaushalts. Die Frage, die sich stellt, lautet: Wie weit soll die Rassenhygiene, hier in Form der Sterilisation, gehen.

B. Der Eugeniker Muckermann

Der Eugeniker Muckermann⁴² gehört zu den führenden Kräften seines Faches. Er ist der Verfasser des Entwurfs zum Sterilisierungsgesetz. Seine Ansichten decken sich mit den Ansichten vieler seiner Zeitgenossen, weshalb ich seine Ausführungen kurz zusammenfasse. Er stellt zunächst einen Geburtenschwund und eine Überalterung der deutschen Bevölkerung fest. Seine statistische Feststellung – die im übrigen allen längst als Thema bestens bekannt ist – deutet er als «Symbol des Untergangs».⁴³ Er beklagt die stagnierende deutsche Bevölkerungsentwicklung. In Anlehnung an einen 1932 veröffentlichten Bericht von Fritz Burgdörfer «Volk ohne Jugend» spricht er dramatisierend vom deutschen «Volk ohne erbgesunde Jugend». Im Sinn des Galtonschen Theorems betont er die Unterscheidung zwischen erbkranker und erbgesunder Familie – eine Thematik, die zudem dem breiteren Publikum bereits vor dem ersten Weltkrieg eingeschärft wird.⁴⁴ Damit thematisiert er auch den Nervpunkt der Diskussion der Tagung, den nur die nationalsozialistischen Votanten mit ihrer Forderung nach einer systematisch-selektiven Rassenhygiene noch überschreiten.

⁴² Siehe Anm. 37 zuvor.

⁴³ Ebd. Wir müssen uns vorstellen, daß dadurch Assoziationen bei den Zuhörern zur damaligem Thematik der Dekadenz im Sinne F. Nietzsches, H. St. Chamberlains oder O. Spenglers abgerufen werden, die nicht weiter zu reflektieren sind.

⁴⁴ Offizieller Katalog der Internationalen Hygiene-Ausstellung, Dresden Mai bis Oktober 1911, S. 260ff.; [Besonderer] Katalog der Gruppe Rassenhygiene der Internationalen Hygiene-Ausstellung 1911 in Dresden, S. 109ff. (= M. v. Gruber/E. Rüdin). – Als fachwissenschaftliches Organ erscheint seit 1908 das von (zwei namhaften Gelehrten und im Rückblick hauptverantwortlichen Rassenhygieniker Deutschlands) Alfred Ploetz und Fritz Lenz herausgegebene Archiv für Rassen- und Gesellschaftsbiologie, München.

Muckermann und die Mediziner des ersten Drittels unseres Jahrhunderts zählen damals zu den häufigsten vererbten Krankheiten⁴⁵: Tuberkulose, Syphilis (die beide auch übertragen werden können), Taubstummheit, Blindheit, Hüftverrenkung, ferner Geistesabnormitäten⁴⁶, die zum Pflegefall oder intensiver hilfsschulischer Betreuung führen, oder den weitverbreiteten Alkoholismus. Die sozialen Auswüchse wie Verbrechertum und Prostitution werden in der damals einschlägigen Literatur ebenfalls als erbbedingte Erscheinungen betrachtet.⁴⁷ Unter Angabe von exakten Kostenfaktoren stellt er (wie das Usanz ist) nun fest, daß der Staat bei den Kranken viel Geld ausbebe und dadurch ansehnliche Finanzmittel den Erbgesunden vorenthalten werden.⁴⁸ Solche Berechnungen werden auch plakativ umgesetzt.⁴⁹

Muckermann steigert (im Sinne des Galtonschen Theorems) das Thema zur «bangen Schicksalsfrage» für das deutsche Volk, ob erbgesunde oder erbkrankte Familien den «größeren Nachwuchs» hätten.⁵⁰ Zwar stünden angesichts der wirtschaftlichen Krise genauere Untersuchungen noch aus, doch schon jetzt lasse sich sagen, daß «die Familien, die der gelernte Arbeiter aufbaut, [...] dem Aussterben verfallen» seien, wogegen die tägliche Erfahrung bestätige, daß «der Nachwuchs in den Familien von Schwachsinnigen und Alkoholikern sehr groß» sei.⁵¹ Daher hält er «eine Wandlung der Dinge [...] für] notwendig. Die Forderung der Eugenik, alles aufzubieten, um der erbgesunden Familie den größeren Nachwuchs zu sichern, muß erfüllt werden, wenn wir die Volkswohlfahrt wiedergewinnen wollen»,⁵² wozu «das neue Wissen über menschliche Erblehre und Eugenik in die gesamte Erziehung der Gegenwart einzubauen» sei.⁵³

⁴⁵ Siehe dazu H.-W. Schmuhl, 1994, S. 145 sp. I; siehe auch das Inhaltsverzeichnis in: Die Entwicklung des Deutschen Gesundheitswesens. Ausstellungskatalog der Reichsregierung auf der Internationalen Hygiene-Ausstellung, 1930/31.

⁴⁶ Bericht, S. 11ff.

⁴⁷ A. Grotjahn, 1926, S. 199f.; P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz, 1992, S. 303, 465.

⁴⁸ Bericht, S. 24f.

⁴⁹ Siehe Beispiel in P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz, S. 261.

⁵⁰ Bericht, S. 14.

⁵¹ Bericht, S. 15.

⁵² Bericht, S. 17.

⁵³ Bericht, S. 18. Wie viele andere sieht auch er die dringend gebotenen sozialpolitischen Maßnahmen, die der Staat realisieren sollte, wie Arbeitsbeschaffung (Bericht, S. 22f.) und die [Ost-] Siedlungspolitik zur Förderung einer erbgesunden Landbevölkerung: Bericht, S. 25f.; so auch A. Fischer, 1923, S. 115. Diese Auffassung entspricht einem Germanisierungstrend auch in der Rechtsgeschichte, dazu die Beiträge von K. Kroeschell (S. 54f.) und M. Stolleis (S. 195f.), in: D. Simon/ M. Stolleis (Hg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Tübingen, 1989.

Muckermann plädiert für die Sterilisation.⁵⁴ Strittiger Punkt zwischen den Diskutanten der Tagung bildet die Frage, ob Zwang oder Zustimmung die Voraussetzung für den Eingriff bilden soll. Muckermann verlangt die Zustimmung.

C. Die weiteren Diskutanten

Nach Anhörung der drei Referenten wird diskutiert. Zur Diskussion melden sich mehr als zwanzig Sprecher, darunter auch eine Frau. Die Redner fokussieren hauptsächlich zwei Themen: Die knappen Geldmittel⁵⁵ und eine klare, d.h. den Mediziner entlastende Strafgesetzgebung.⁵⁶ Es gelangen auch nationalsozialistische Argumente in die Diskussion.

Erster Votant ist der Berliner Arzt und Ministerialrat Conti, der «im Namen der [...] Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei» spricht.⁵⁷ Er begrüßt die eingeschlagene Richtung, betont aber, daß die NSDAP mehr als irgendeine politische Bewegung im Lande die Gedankengänge unterstütze und popularisiere. Daher vermisste er die erforderliche Energie und Konsequenz bei der Durchsetzung, und er verlangt den Einbezug der Rassenfrage im Sinne einer systematischen und dauernden Eugenik. Er hält es nur für eine Frage der Zeit, bis sich die Lage hierin ändere. Conti äußert wörtlich:

«Die Zeit wird aber in sehr absehbarer Zeit reif werden und dann werden diejenigen Vorarbeiten von größerer Bedeutung sein, die dieses Problem mit einbezogen haben, gegenüber solchen Arbeiten, die systematisch an der Rassenfrage vorbeigehen.»⁵⁸

Darauf läßt sich der Vorsitzende (außerhalb seiner Rolle) spontan zur Stellungnahme verleiten. Er verteidigt (unter einem nicht artikulierten politischen Druck) die Anstrengungen des Landesgesundheitsrates im Zusammenhang mit der Straf-

⁵⁴ Bericht, S. 21. Er lehnt die Euthanasie ab (S. 20), wie sie von K. Binding/A. Hoche (1920) vorge-
tragen wird.

⁵⁵ Bericht, S. 24f., 57, 63, 65, 74, 81f., 86, 95, 105f, 110 Anm. 4.

⁵⁶ Bericht, S. 80. Die Ärzteschaft betont, es sei ihr gleichgültig, wie das Problem juristisch gelöst
werde, die Hauptsache sei für sie, daß die Frage geklärt werde. Ein Redner verweist auf einen
Gesetzesentwurf vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs, der vom damaligen Reichskanzler Beth-
mann-Hollweg dem Reichstag vorgelegt worden sei, der aber gerade das Gegenteil, was man hier
diskutiere, erreichen wollte, nämlich: ein Gesetz gegen die Unfruchtbarmachung und die
Schwangerschaftsunterbrechung (Bericht, S. 83).

⁵⁷ Bericht, S. 59.

⁵⁸ Bericht, S. 59f.

rechtsreform.⁵⁹ Man sei auch für jede Mitarbeit, gleich von welcher Seite sie komme, also auch von der offensichtlich wenig erwünschten NSDAP, dankbar. Und sogleich schränkt er die Diskussion geschickt wieder auf das durch die politische Instanz vorgegebene Tagungsthema ein, weshalb eugenische Maßnahmen betreffend «eine gewisse völkische Minderwertigkeit» hier nicht zu diskutieren seien. Verschiedene weitere Votanten unterstützen in der Folge die Vorschläge von Muckermann. Dann ergreift der Vertreter der (evangelischen) Inneren Mission das Wort: Er spricht zwar auch vom «erschütternden Material», das in den Pflegeanstalten «aufbewahrt» werde, doch er spricht sich gegen deren Zwangssterilisierung und gegen die Abschiebungspraxis aus. Rhetorisch gewandt nimmt er den Nationalsozialisten den Wind aus den Segeln:

«Die Entleerung der Anstalten von bewahrungswürdigen Personen führt zu keiner Ersparnis, sie hat vielmehr häufig erhebliche Mehraufwendungen aus anderen Etatstitel zur Folge. In letzter Zeit nehmen die Fälle zu, wo gegen das Gutachten des Anstaltsarztes und Anstaltsleiters schwer psychopathisch Bewahrungspflichtige aus der Anstalt herausgeholt worden sind. Die Betroffenen sind nach kurzer Zeit straffällig geworden und belasten dadurch den Gesamtetat des Volkes sehr viel stärker als zuvor. Ich denke besonders an einen Psychopathen, der sofort nach der Zwangsentlassung in die Hände kommunistischer Agitatoren kam und darauf einen Mord an einem Nationalsozialisten beging.»⁶⁰

Ein Arzt schließt sich dem Standpunkt gegen die – wie er sagt: brutale – Zwangssterilisation ebenfalls an,⁶¹ worauf sich prompt wieder ein bekennender Nationalsozialist meldet und als zentrale Frage dieser Diskussion die Erhaltung von Blut und Rasse – nicht aus wirtschaftlichen Überlegungen –, sondern aus Prinzip behauptet. Bemerkenswert auch hier, wie der nationalsozialistische Redner gleichfalls betont, «daß diese Verhandlungen hier verpuffen werden, da die politische Führung in ganz kurzer Zeit ein derartiges Gesetz von Amtswegen und Staatswegen erlassen werde».⁶² Hierauf bemerkt der Tagungs-Vorsitzende, daß «wohl keiner im Saale der Ansicht ist, daß das von uns behandelte Problem schon entschieden» sei.⁶³

Das aus unserer Retrospektive wohl interessanteste, weil nicht in die argumentativen Stereotypen sich einfügende Votum trägt gegen Ende der Diskussion die

⁵⁹ Dazu: E. Schmidt, 1965, S. 392 (Mezger und Exner mit kriminalbiologischen Studien) sowie S. 405ff. (wohl betreffend die Debatte des Schwangerschaftsabbruchs), siehe ferner die Anm. 56 zuvor.

⁶⁰ Bericht, S. 82.

⁶¹ Bericht, S. 91.

⁶² Bericht, S. 92f.

⁶³ Bericht, S. 93.

Breslauer Ärztin Clara Bender vor⁶⁴. Sie stellt die wissenschaftlichen Hypothesen, die den Behauptungen zugrunde liegen, in Frage. Sie fragt, ob nämlich die künstliche Selektion, wie sie mit dem Sterilisationsgesetz angesteuert werde, überhaupt zu nennenswerten Veränderungen führen könne, und ob die Keimmasse, wie angenommen werde, tatsächlich unveränderlich sei. Frau Bender setzt der gelehrten und politischen Allgemeinauffassung sodann ihre persönliche Praxiserfahrung als Ärztin entgegen und sagt, Deutschland sei alles andere als unfruchtbar, sondern vielmehr «zum Bersten voll junger hochwertigster Paare, die liebend gern Nachwuchs hätten». Doch diese Paare könnten keine Kinder haben, weil das Existenzminimum ungedeckt sei. Hier müsse der Lebensraum durch Verbesserung der Nahrungsmittelversorgung geschaffen werden, statt die Kräfte und Mittel für medizinisch fragwürdige Eingriffe bei Kranken zu binden, wenn man im Sinn der deutschen Volkswohlfahrt wirksam handeln wolle.⁶⁵ Das Votum verhallt indessen ohne Echo.

V. Nationalsozialistisches Erbgesundheitsrecht

Diese Tagung vom 2. Juli 1932 führt uns den Argumentationsstand und das Selbstverständnis am Vorabend der nationalsozialistischen Machtergreifung deutlich vor Augen. Politische Bedrohungs- und Untergangsszenarien, aber auch eine vermeintlich objektive Forschung und die unnachlässige Forderung des Sparens beherrschen das wissenschaftliche Denken. Die Tagung zeigt, daß und wie die Grundprinzipien des offenen und sachlichen Diskurses des Wissenschaftens zugunsten fremder Triebfedern dereguliert werden, und es wird (für mich jedenfalls) in geradezu erschreckendem Ausmaß die Betriebsblindheit der sonst analytisch denkenden Wissenschaftler in Sachen politischer Folgewirkungen hier besonders gut greifbar, weil diese Fachleute ja gerade zur politischen Mitarbeit aufgefordert sind. Nur eine einzige Person – die Ärztin Clara Bender – hinterfragt die Argumentation wissenschaftskritisch. Und niemand außer den Nazis selbst scheint den Ernst der Lage erkannt und die politische Situation richtig begriffen zu haben.⁶⁶

⁶⁴ Es fällt auf, daß sowohl der Hauptreferent Prof. Dr. med. Lange und diese Ärztin aus Breslau stammen und gedanklich differenzierter argumentieren, aber offensichtlich auch weniger Beachtung finden (s. Anm. 37 zuvor).

⁶⁵ Bericht, S. 98f.

⁶⁶ Offensichtlich werden die Nationalsozialisten unterschätzt. Man lobt zwar, auch wenn Distanz spürbar bleibt. Ein Arzt behauptet kühn, die nationalsozialistische Bewegung werde «lange nicht so lange wie unsere eugenische Bewegung» bestehen (Bericht, S. 98).

Wir alle wissen, daß und wie es anders gekommen ist. Ende Januar 1933 ergreifen die Nationalsozialisten legal die Macht.⁶⁷ Sie werden vom Volk anfangs März bestätigt. Ende des Jahres ist der bisherige Rechtsstaat vernichtet und als Führerstaat auf der Grundlage der nazistischen Ideologie neu errichtet. Die Auswirkungen sind auch im Bereich der Volksgesundheit rasch spürbar durch:

- Das «Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses» vom 14. Juli 1933⁶⁸,
- das «Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens» vom 3. Juli 1934⁶⁹ und
- die sog. «Nürnberger Gesetze» von 1935 mit dem Ziel der Arisierung von Wirtschaft, Beamtentum und Gesellschaft. In unseren Kontext gehören die sog. «Blutschutzgesetze»⁷⁰, welche Ehe und außerehelichen Geschlechtsverkehr mit Juden aus rassenhygienischen Gründen untersagen.⁷¹

Doch das sind keine plötzlichen Produkte einer Willkür, sondern vielmehr die Folgen eines längst angekündigten Unternehmens: Adolf Hitler hat seine Ideen der systematischen Rassenhygiene und der Euthanasie bereits 1925 unmißverständlich geäußert. Sein Vorhaben war bekannt. Eine andere Frage ist, wie man seine Äußerungen zur Kenntnis nahm:

«Es ist eine Halbheit, unheilbar kranken Menschen die dauernde Möglichkeit einer *Verseuchung* der übrigen gesunden zu gewähren. Es entspricht dies einer Humanität, die, um dem einen nicht wehe zu tun, hundert andere zugrunde gehen läßt. Die Forderung, daß defekten Menschen die Zeugung anderer ebenso defekter Nachkommen unmöglich gemacht wird, ist eine Forderung klarster *Vernunft* und bedeutet in ihrer *planmäßigen* Durchführung die *humanste Tat* der Menschheit. Sie wird Millionen von Unglücklichen unverdiente Leiden ersparen, in der Folge aber zu steigender *Gesundung überhaupt* führen.»⁷²

⁶⁷ A. Laufs, 1996, S. 352–364.

⁶⁸ T. Bastian, 1945; H. Blattmann, 1997, S.17; P. Weingart/J. Kroll/ K. Bayertz, S. 465f. Das Gesetz führt die Zwangssterilisation und Anzeigepflicht von gesetzlich festgesetzten Krankheiten ein.

⁶⁹ A. Labisch/F. Tennstedt, Düsseldorf 1985.

⁷⁰ Siehe auch den Entwurf zum NS-Volksgesetzbuch aus dem Jahre 1942 (zit. b. M. Senn, 1997, S. 270).

⁷¹ Man muß dazu wissen, daß die Juden nur knapp 1% der deutschen Gesamtbevölkerung ausmachten, und deren Diskriminierung daher ein leichtes Unterfangen war: M. Senn, 1997, S. 265 mit Verweisung auf Sekundärliteratur. Ein zeitgenössisches NS-Dokument von 1934 bestätigt diese Verhältniszahl, nämlich der Katalog zur «Ausstellung des Deutschen Hygiene Museums», Dresden 1934, S. 20. Der Katalog steht schon im Zeichen der nationalsozialistischen Weltanschauung. Das Vorwort stammt vom Leiter der Abteilung für Erb- und Rassenkunde des Deutschen Hygiene-Museums, Dresden, Dr. H. Dellguth.

⁷² Zit. bei (NS-Rechtsanwalt) E. Ristow, Motto, S. III (Hervorhebungen im Text von Senn). Im Original: A. Hitler, Mein Kampf, Bd. 1: 1925; Ed. 1940, S. 279f.

Wie die meisten nazistischen Texte so ist auch der vorliegende durch einen Potpourri-Stil gekennzeichnet. Mittels Schlüsselbegriffen werden zunächst beliebige Verknüpfungen hergestellt. Die allein maßgebliche Verknüpfungsmöglichkeit im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung läßt sich hier durch den Zynismus Hitlers, der sich mit dem «Ohrwurm» der Humanität verbindet, ohne weiteres transparent kommunizieren. Oder wie der nationalsozialistische Kommentator des Erbgesundheitsrechts von 1934 den Rigorismus der eigenen Weltanschauung ungeschminkt ausdrückt:

«In einem rassischen Führerstaat wird um den Inhalt eines Gesetzes nicht gefeilscht. Einheitlich und klar sind daher die Grundgedanken des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses.»⁷³

Noch jenseits dieses Diskurses aufgrund der nationalsozialistischen Weltanschauung finden sich in den zwanziger Jahren (und teilweise bereits zuvor) jene ökonomisch und sozialpolitisch verfänglichen Überlegungen, die sich als eine Gemengelage von deutschnationalen, völkischen und sozialdarwinistischen Argumenten begreifen lassen. Diese populärwissenschaftliche Diskussion überschattet immer stärker die humanmedizinische Eugenik und Hygienelehre seit dem ersten Weltkrieg.⁷⁴

VI. Beispiel 1 einer Vorstufe: Binding/Hoche (1920)

Vor allem das Gemeinschaftswerk des hoch angesehenen Leipziger Strafrechtlers Karl Binding (der kurz nach Veröffentlichung altershalber stirbt) mit dem Freiburger Mediziner Alfred Hoche bewegt die Diskussion. Es erscheint unter dem Titel «*Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*» im Jahre 1920 erstmals und 1922 in zweiter Auflage. Es erregt Aufsehen und beeinflußt die Diskussion nachhaltig, selbst wenn es von den Ärzten eher abgelehnt wird.⁷⁵ Die beiden Autoren diskutieren darin u. a. auch Fragen der Euthanasie:

«Denkt man sich gleichzeitig ein Schlachtfeld, bedeckt mit Tausenden toter Jugend, oder ein Bergwerk, worin schlagende Wetter Hunderte fleißiger Arbeiter verschüttet haben, und stellt man in Gedanken unsere Idioteninstitute mit ihrer Sorgfalt für ihre lebenden Insassen daneben – und man ist aufs tiefste erschüttert von diesem grellen Mißklang zwischen Opferung des teuers-

⁷³ E. Ristow, S. 1.

⁷⁴ Dazu: P. Weingart/J. Kroll/K. Bayert, 1988/1992; P. E. Becker I, 1988 und II, 1990.

⁷⁵ E. Metzler, 1925; A. Grotjahn, S. 321 f.

ten Guts der Menschheit im größten Maßstabe auf der einen und der größten Pflege nicht nur absolut wertloser, sondern negativ zu wertender Existenzen auf der anderen Seite.»⁷⁶

Diese Sätze stammen von Binding. Binding gilt zwar als renommierter Positivist, doch ist er auch im Gedankengut der naturalistischen Rechtslehre nach Jhering⁷⁷ geschult und argumentiert durchaus sozialdarwinistisch. Das Leben ist ein Kampf der Stärkeren gegen die Schwachen. Dieser Überlebenskampf wird unter ökonomischen Aspekten – vor dem Hintergrund der Reparationszahlungen – dramatisiert und unter nationalen Aspekten – dem Tod fürs Vaterland – verklärt.

Der Freiburger Arzt und Professor Alfred Hoche führt den Gedankengang noch weiter aus. Der verächtliche Jargon eines Humanmediziners sticht besonders hervor:

«Die Anstalten, die der Idiotenpflege dienen, werden anderen Zwecken entzogen; soweit es sich um Privatanstalten handelt, muß die Verzinsung berechnet werden; ein Pflegepersonal von vielen tausend Köpfen wird für die gänzlich unfruchtbare Aufgabe festgelegt und fördernder Arbeit entzogen; es ist eine peinliche Vorstellung, daß ganze Generationen von Pflegern neben diesen leeren Menschenhüllen dahinaltern, von denen nicht wenige 70 Jahre und älter werden. Die Frage, ob der für diese Kategorien von Ballastexistenzen notwendige Aufwand nach allen Richtungen hin gerechtfertigt sei, war in den verflossenen Zeiten des Wohlstandes nicht dringend; jetzt ist es anders geworden, und wir müssen uns ernstlich mit ihr beschäftigen. Unsere Lage ist wie die der Teilnehmer an einer schwierigen Expedition, bei welcher die größtmögliche Leistungsfähigkeit Aller die unerläßliche Voraussetzung für das Gelingen der Unternehmung bedeutet, und bei der kein Platz ist für halbe, Viertels- und Achtelskräfte.»⁷⁸

Auch wenn dieses Buch unter den Fachwissenschaftlern für Aufregung sorgte und auf Ablehnung stieß, so setzen sich die geäußerten Ideen im Dunstkreis der populären Wissenschaftsauffassungen durch. Ursachen und Folgen der Mentalitätsbildung verwischen sich dabei.

VII. Beispiel 2 einer Vorstufe: Winklers juristisches Lehrbuch (1928)

Auch das Lehrbuch von Wilhelm Friedrich Winkler aus dem Jahre 1928 ist ein beredtes Beispiel dafür. Winkler war Titularprofessor an der Universität Rostock.

⁷⁶ K. Binding/A. Hoche, S. 27

⁷⁷ Siehe hernach bei Anm. 104f.

⁷⁸ K. Binding/A. Hoche, S. 55.

Sein Anliegen war es, den Juristen die notwendigen Kenntnisse der Nationalbiologie in Form einer Sozial- und Rassenhygiene beizubringen.⁷⁹

Das Kapitel über die «biologischen Grundlagen der Gesundheit» trieft von sozialdarwinistischen Allgemeinplätzen. Da ist von «Menschenmaterial» und «Ausleseprozeß», von «Gesundheit und Leistungsfähigkeit des Volkes, seine Stellung in der Welt, die Größe seines Lebensraumes und die Kultur, mit der es diesen erfüllt» ganz selbstverständlich die Rede.⁸⁰ Zielpunkt dieser Argumentation sind die «erblichen Minderwertigkeiten, [... die] eine soziale Belastung [darstellen] und nationalbiologisch von Bedeutung sind [... weil sie] den Menschen mehr oder weniger unfähig machen, unter den heutigen Lebensumständen für seinen Unterhalt zu sorgen, ja darüber hinaus ihn noch pflegebedürftig, vielleicht ihn sogar direkt zum sozialen Schädling werden lassen».⁸¹

Die «Schädlingsgruppe» läßt sich nach dem bereits bekannten Muster spezifizieren: Es sind die erblich Blinden, Tauben, Tuberkulösen, Geisteskranken, Psychopathen, Rheumatiker, Süchtigen⁸². Der Allgemeinheit erwachse, so führt Winkler weiter aus, aber auch ein großer direkter Schaden durch die Gruppe der erblich belasteten Asozialen, «die sich nicht in die Gesellschaftsordnung einfügen vermögen und durch Vagabundage, Verbrechen und Prostitution zu sozialen und wirtschaftlichen Schädlingen werden».⁸³

Die Zukunftsaussichten malt Winkler düster und beängstigend für die Jahre nach 1928: Eine «Bastardisierung im Großen», ein «Verschwinden der Schichtungsstabilität» und eine «intensive horizontale und vertikale Mischung»⁸⁴, ja sogar

⁷⁹ W. F. Winkler, 1928, Vorwort.

⁸⁰ W. F. Winkler, S. 96–98.

⁸¹ W. F. Winkler, S. 99

⁸² W. F. Winkler, S. 99–101.

⁸³ W. F. Winkler, S. 104. Weit hinter seiner Zeit zurückbleibend wird die Kriminalanthropologie von C. Lombroso (und E. Ferri) aufgegriffen (dazu: R. Brömer, 1994). Winkler folgert in dem Sinne: «In der untersten sozialen Schicht sammeln sich geistig und körperlich minderwertige Elemente in großer Zahl an. Sie wirken als Fremdkörper im Leben des Volkes und sind zehrenden Geschwüren vergleichbar» (S. 105). Diese Gruppe der erblich belasteten Asozialen vermehre sich unverhältnismäßig und verursache ebensolche Kosten. Als Beispiel wird eine 1810 in Preußen geborene trunksüchtige Frau angeführt, für die und deren 834 Nachkommen der preußische Staat bis 1893 fünf Millionen Mark ausgegeben habe. «Unter ihnen waren 181 Dirnen, 142 Bettler, 76 Schwerverbrecher, 7 Mörder und 40 Armenhäusler.» Ein Vergleichsbeispiel kenne auch die amerikanische Geschichte (ebd.).

⁸⁴ W. F. Winkler, S. 111

die «Demokratisierung der Welt»⁸⁵ seien zu befürchten. Gewiß ist nur, daß sie eine wirtschaftliche und bevölkerungspolitische Krise Deutschlands verursachen werden. Im Vergleich mit den fortschrittlichen USA läßt sich die deutsche Rückständigkeit aus dem Blickwinkel Winklers etwa daran abschätzen, daß nur jeder 211. Reichs-Bürger im Vergleich zu jedem 5. US-Bürger einen Kraftwagen fahre.⁸⁶ Die finale Konsequenz des Dramas in der Lesart Winklers lautet:

«So saugt die Kultur heute ganz anders als früher an den biologisch wertvollsten Kräften der Völker weißer Rasse. Statt dessen belasten wir uns heute aus christlichen und sozialistischen Beweggründen mehr denn je mit minderwertigen Elementen, die im Kampfe um den Lebensraum keine Hilfe, sondern nur eine Erschwerung darstellen. Die Wege zur Pflege der erblichen Gesundheit und Leistungsfähigkeit der Völker weist die Eugenik (Rassenhygiene). Sie zu betreten ist heute eine nationalbiologische Notwendigkeit.»⁸⁷

Das ist *ein* Beispiel aus dem akademischen Unterrichtsstoff der zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts, wie mit gedanklichen Elementen gespielt wird, die sich schon im Schrifttum der zweiten Hälfte des 19. Jh. aufweisen lassen.⁸⁸

VIII. Charakteristika dieses Denkens

Analysiert man die Texte zur «Rassenhygiene», so können wir ein dreifaches Gedanken-Gespann herausarbeiten:

- Die Klage um die Bevölkerungsentwicklung und wirtschaftliche Misere,
- die Minderachtung von das Staatsbudget belastender Menschengruppen,
- die Problemlösung durch Rassenhygiene (Eugenik) wie Eheverbot⁸⁹ oder Zwangssterilisation bis hin zur aktiven Euthanasie.

Diese Argumentationspartikel, insbesondere das nationale Klage- und das Sündenbockmotiv, lassen sich in juristischen Lehrbüchern und Forschungsarbeiten seit Mitte des 19. Jh. nachweisen. Namentlich durch einige namhafte Juristen des

⁸⁵ W. F. Winkler, S. 111. Diese Dimension erkennt auch Hans F. K. Günther, 1925, S. 188, wonach «nordisches Blut» als das tatkräftige gilt und, wenn es unter der Arbeiterschaft vorhanden ist, eine erhöhte Umsturzgefahr bedeute.

⁸⁶ W. F. Winkler, S. 115.

⁸⁷ W. F. Winkler, S. 117.

⁸⁸ N. Hertzitz (1988), S. 163 ff., 182 ff., 262–273.

⁸⁹ So entschieden der Tübinger Dozent Dr. Hermann Hoffmann, 1922, 247f.; A. Fischer, 1923, S. 114.

süddeutschen Liberalismus,⁹⁰ wie von Mohl, Rotteck, Welcker, Bluntschli, wurden rassistische und frühantisemitische Elemente über ihr wissenschaftliches Werk und ihre populären Staats- und Rechtswörterbücher eingeführt und weiterverbreitet, wobei sich nicht immer ausmachen läßt, was genau wie gemeint ist. Der Leser hat stets mit einem Restpotential von Ambivalenz zu rechnen.⁹¹ Neu ist dagegen die Empfehlung der anzuwendenden Methode von Euthanasie und Zwangssterilisation.

IX. NS-Taten aufgrund der Gesetze

Der Ideologie folgen die Taten zwischen 1933–45. Dazu zwei Beispiele:

- Wir wissen, daß in den Jahren 1934–36 allein⁹² in Deutschland 230 000 Menschen aus rassenhygienischen Gründen zwangssterilisiert wurden; bis Kriegsbeginn waren es rund 400 000 Menschen, wovon 5000 Personen (v.a. Frauen) an den Folgen des Zwangseingriffs starben.⁹³
- Ein anderes Beispiel: Die Nazis führten Zwangs-Euthanasie an Menschen aus Heim- und Pflegeanstalten in sechs eigens dafür eingerichteten Anstalten in Österreich, Tschechien, Polen und Deutschland durch. Allein vom 1. Januar 1940 bis zum 1. September 1941 wurden 70 273 Personen sog. «desinfiziert», d.h. vergast.⁹⁴ Angesichts der Tatsache, daß es sich «nur um erschütterndes Material» handelt, das in den Anstalten «aufbewahrt» und als volkswirtschaftlicher «Schädling» betrachtet wird, erscheint deren Eliminierung eine logische Folge der angestrebten «Rationalisierung».⁹⁵ Genaue Rechnungen unter Spardruck rechtfertigen ohnehin alles. Das entscheidende konkrete Kalkül in diesem Fall lautete:

⁹⁰ Siehe Anm. 31 zuvor.

⁹¹ M. Senn, 1993, insb. zu J. C. Bluntschli, der für die Judenemanzipation von 1869/71 aus rechtsstaatlichen Erwägungen (wie andere auch) eingetreten ist.

⁹² Zu den USA s. Schmuhl, S. 144 sp. I: In 30 Bundesstaaten wurden Sterilisationsgesetze zwischen 1907–63 eingeführt und rd. 60 000 Menschen zwangssterilisiert. Eugenische Sterilisationsgesetze bestanden ferner in: Dänemark, Schweden, Norwegen, Finnland, Estland, Island und im Schweizer Kanton Waadt (St. Kühl, 1997, S. 135, 170). In der Waadt wurden zwischen 1929 bis 1985 (!) 187 Zwangssterilisationen durchgeführt (Kurzer Bericht, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 17 [1998], S. 17, sp. 1 unten).

⁹³ T. Bastian, 1995, S. 47.

⁹⁴ T. Bastian, S. 51.

⁹⁵ Hitler hatte bereits 1929 mit der Beseitigung von 700 000 bis 800 000 Schwächsten gerechnet, um eine biologische Kräftesteigerung der deutschen Nation zu bewerkstelligen (St. Kühl, 1997, S. 163).

«Bei einem durchschnittlichen Tagesansatz von RM 3,50 ergibt sich hierdurch 1. eine tägliche Ersparnis von RM 245955,50 2. eine jährliche Ersparnis von RM 88543980,00 ...».⁹⁶

Die forschungsbedingten medizinischen Versuche, die insbesondere an KZ-Häftlingen⁹⁷ durchgeführt wurden, oder der versuchte Genozid an verschiedenen Völkern seien zur Vergegenwärtigung des Ausmaßes des rassenhygienischen Gesamtkalküls erinnert. Es traf ungefähr sechs Millionen Menschen, beinahe also die Bevölkerung der heutigen Schweiz.

X. Beispiel 3 einer Vorstufe: Die internationale Diskussion

Ich betone, daß sich die Aussagen im vorliegenden Kontext zwar auf Deutschland beziehen, sie müssen aber *aus dem und nicht gegen das* internationale(n) Umfeld heraus verstanden werden, wie Stefan Kühl in einer neu erschienenen Studie «Die Internationale der Rassisten» eindrücklich belegt.⁹⁸ Dazu gehören die USA, die Schweiz⁹⁹, England, Italien, Frankreich, Schweden und die Niederlande, ohne daß diese Aufzählung abschließend wäre. Die Väter des rassistischen, antisemitischen, rassenhygienischen, eugenischen Gedanken**ung**uts im 19. Jh. waren Engländer, Deutsche, Franzosen und Italiener.¹⁰⁰ Ein großes Vorbild der Europäer sind die Vereinigten Staaten von Nordamerika.¹⁰¹ In der Literatur finden sich häufig Verweisungen auf die Gesetzgebung und Praxis der Vereinigten Staaten von Amerika.

Es kann somit niemanden verwundern, wenn *zwei* der seit Jahren regelmäßig durchgeführten Internationalen Kongresse zu Fragen des Strafvollzugs, der Eugenik und Sterilisation im Spätsommer 1935 auch in Berlin, also im Nazi-

⁹⁶ T. Bastian, S. 52.

⁹⁷ Es handelt sich um KZ-Häftlinge, die meist wegen anti-nazistischer Aktivitäten zum Tode verurteilt worden sind.

⁹⁸ Dazu: St. Kühl, 1997, S. 328–330 mit einem Register der Institutionen, Organisationen und Zeitungen. – Siehe betreffend die zeitgenössischen Quellen: Vorwort zum Offiziellen Katalog der internationalen Hygiene-Ausstellung, Dresden Mai bis Oktober 1911, S. 18, wonach fast alle Kulturstaaten der Einladung gefolgt sind, wobei es um Massenbelehrung geht; siehe die Literaturliste in: (Hg.) Max von Gruber und Ernst Rüdin, Fortpflanzung Vererbung Rassenhygiene, Katalog der Gruppe Rassenhygiene der Internationalen Hygiene Ausstellung 1911 in Dresden, München 1911; E. Ristow, 1935, S. 50–64.

⁹⁹ Dazu: St. Kühl, S. 128–135, 160f.; H.-W. Schmuhl, 1994, S. 144. Ferner Anm. 34 und 92 zuvor.

¹⁰⁰ Becker II, 1990.

¹⁰¹ P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz, 1992, S. 286ff., 345ff., 471. Zumal die Entwicklung aus dem anglo-amerikanischen Bereich mit den ersten Instituten und Lehrstühlen seit 1900 gefördert wurde (dazu: H.-W. Schmuhl, 1994, S. 144f.).

Deutschland, stattfinden, an denen viele hundert Gelehrte aus der ganzen Welt teilnehmen.¹⁰² Die Ausblendung läßt sich erklären: Zum einen grenzt sich der Westen gegen die Sowjetunion ab und zum anderen wird Deutschland erst durch den Krieg isoliert. Schließlich prägt auch der Genozid insbesondere an den Juden diese Betrachtungsweise. Unsere Thematik wird in der Folge auf die historische Etikette «Deutschland von 1933–1945» reduziert. Beim geschichtlichen Rückblick sollten wir daher den internationalen Kontext der Diskussion um Eugenik, Sterilisierung und Rassehygiene nie vergessen, wenn wir Deutschland als das eklatante Beispiel heranziehen, um die verheerenden Folgen zu demonstrieren.

XI. Beispiel 4 einer Vorstufe: Der Kampf ums Recht (1872)

Wir haben bisher Aussagen aus dem ersten Drittel unseres Jahrhunderts zur Kenntnis genommen. Wir sehen uns noch ein Beispiel aus dem 19. Jh. an, nachdem von den juristischen Zwischenträgern bereits die Rede gewesen ist.

Schon in meiner Zürcher Antrittsrede vom Mai 1993 hatte ich mich mit dem Thema des latenten Antisemitismus und des eher schon offenkundigen Rassismus im Rechtsdenken eines der bedeutendsten Rechtswissenschaftler des 19. Jh., dem gebürtigen Zürcher und späteren Heidelberger Rechtsprofessor Johann Caspar Bluntschli befaßt.¹⁰³ Für mich war damals weniger die Tatsache seiner Äußerungen oder die konsequente Verdichtung seiner Argumente während vier Jahrzehnten in Anlehnung an die damals bereits auftreibenden Rassenlehren das hervorstechende Merkmal, als vielmehr die Tatsache der Blindheit seiner Nachfahren, die Bluntschli wegen seiner unbestritten großen fachwissenschaftlichen und legislatorischen Verdienste mit idolisierender Verehrung begegneten und die offensichtlichen Fragwürdigkeiten glattweg übergingen.

Im vorliegenden Kontext gewinnen diese Aussagen insgesamt ein neues Gewicht. Allmählich beginne ich nämlich vereinzelt Sätze aus Abhandlungen von Juristen, die in der zweiten Hälfte des 19. Jh. schreiben, irgendwie besser zu verstehen, bei deren Lesen ich mich manchmal unverständlich wunderte, sofern ich sie überhaupt zur Kenntnis genommen habe. Es waren Sätze wie der folgende:

¹⁰² E. Ristow, 1935, S. VI. Zur Bedeutung dieser internationalen Tagungen für die deutsche Rassenhygiene (s. St. Kühl, 1997, S. 131ff., 145ff.).

¹⁰³ M. Senn, 1993.

«Die Kraft eines Volkes ist gleichbedeutend mit der Kraft seines Rechtsgefühls, Pflege des nationalen Rechtsgefühls ist Pflege der Gesundheit und Kraft des Staats.»¹⁰⁴

Dieser Satz stammt aus der Feder des in der Rechtswissenschaft hoch angesehenen Rechtsprofessors Rudolf von Jhering und ist seinem Vortrag mit dem reißerischen Titel «Der Kampf ums Recht» entnommen. Das Anleihen beim Untertitel von Darwins Hauptwerk ist offensichtlich. Jhering hielt den Vortrag 1872 vor der «Wiener juristischen Gesellschaft». Er widerspiegelt die bei Jhering¹⁰⁵ und den akademischen Zeitgenossen vorherrschende sozialdarwinistische Kampfes-Euphorie der siebziger Jahre des 19. Jahrhunderts.¹⁰⁶

Der «Kampf ums Recht» wurde bis zur Jahrhundertwende in mehr als 17 Sprachen übersetzt und allein in deutscher Sprache bis ins Jahr 1921 – dem Erscheinen des Werks von Binding/Hoche – zwanzig Mal neu aufgelegt. Der Vortrag wurde auch während des Dritten Reiches und schon bald nach dem Krieg – leicht textbereinigt – neu aufgelegt.¹⁰⁷

So sehr dieser Vortrag nichts weiter als eine rednerische Momentaussage darstellt, die allerdings viel von der Gefühlswelt der politisch denkenden Akademikergemeinschaft nach der Bildung des Zweiten Kaiserreiches von 1871 wiedergibt, so überdauerte er doch die verfassungspolitisch labilen Strukturen der folgenden Jahrzehnte. Man fragt sich weshalb? Weil er scheinbar ewig gültige Wahrheiten im Sinne des Naturalismus verbreitet und unser heutiges Selbstverständnis dadurch anspricht, oder weil er nur ein Stück für jede Gelegenheit ist? Ist die Tatsache, daß der Text so viele Lesewillige fand und noch findet, ein Indiz

¹⁰⁴ R. v. Jhering, 1872, S. 35.

¹⁰⁵ Jhering selbst stand damals auf dem Höhepunkt seiner akademischen Karriere. Wir wissen aus brieflichen Äußerungen Jherings aus dieser Zeit, daß und wie der gebürtige Deutsche von der Deutschen Reichsgründung und vom Sieg der Deutschen gegen Frankreich hell begeistert war. Er beugte sich dem «Genie eines Bismarck», der die lang ersehnte «Deutsche Einheit» in greifbare Nähe gebracht hatte. Den militärischen Triumph über Frankreich, das er – wie damals üblich – als «Todfeind» betrachtete, feierte er als eine Art der Abrechnung von Jahrhunderten, die ihm «Freudentränen ausgepreßt» hätten: U. Falk, 1996, S. 275; ferner H.-U. Wehler 3 (1995), S. 293, 296.

¹⁰⁶ Das biologisch-organische Denken hatte sich in der Rechtswissenschaft des 19. Jh. geraume Zeit, insbesondere im Konstruktivismus der sog. Begriffsjurisprudenz, ausgeprägt. Die Evolutions- und Selektionslehre Darwins bedeutet in ihrer Rezeption in die Gesellschaftspolitik und Rechtstheorie eine erhebliche Zuspitzung. Auch der Kantianismus seit den sechziger Jahren des 19. Jh. gibt mit Bezug auf die anthropologischen und religionsphilosophischen Spätschriften Kants mit dem äußerst pessimistischen Menschenbild und den Äußerungen zur «Racen»-Frage den damaligen Ideen Auftrieb (Anm. 6). I. Kant und A. Hitler lassen sich für unkritische Leser in den 1930er Jahren ohne weiteres verbinden (Beispiel, kritisch erläutert, bei M. Senn, 1997, S. 267f.).

¹⁰⁷ So die mir vorliegende Ausgabe von Erik Wolf von 1967, Vorwort [S. 3].

dadür, daß und wie stark sozialdarwinistische Ansichten bei den erfolgsorientierten Juristen besonders verfangen?

XII. Offene Fragen – eine Antwort

Es bleiben somit etliche Fragen mit Bezug auf die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Rassen- und Hygienelehren offen. Wichtig scheint mir aber, daß solche Öffnungen bewußt gemacht werden und das Thema – trotz der uns allen bekannten Gefahren der Dialektik der Aufklärungsarbeit – verankert bleibt. Denn Schweigen und Vergessen sind weitaus problematischer.

Freilich ist hier nicht der Ort für Mutmaßungen über die Zukunft – weder mit Bezug auf eine stets aggressivere Ökonomisierung der gegenwärtigen politischen und wissenschaftlichen Argumentationsstandards noch mit Bezug auf die bio- und gentechnologischen Risiken und Chancen¹⁰⁸ oder die zunehmend angespannten Bedingungen auf den Arbeitsmärkten und ihre Folgen für Rechtsstaat und Demokratie, auch wenn die verhandelte Thematik durchaus Parallelen zur Gegenwart aufweist. Nach einem bekannten Credo der Historiker wissen wir jedoch, daß sich die Geschichte gewiß nicht wiederholt und wir daher aus der Geschichte für die Gegenwart auch nichts zu fürchten und – wie nun manche folgern werden – auch nichts zu lernen brauchen.

Doch soviel läßt sich einstweilen dingfest machen: Seit Mitte des 19. Jh. greifen verschiedene, zunächst voneinander unabhängige Denkelemente rassistischer, antisemitischer und akademisch-elitärer Herkunft Platz und vermengen sich im Zeichen einer zunehmenden Naturalisierung der Vorstellungswelten mit den seriösen human-medizinischen Bestrebungen von Hygiene und Eugenik. Ihr Ergebnis ist die Rassenhygiene als wohlfahrtsstaatliche Eugenik und schließlich als politische Ideologie. Ihre Wirkung kommt einer Seuche gleich, da Millionen von Menschen unter diesen Vorstellungen zu Grunde gehen.

Dieses Denken und diese Taten sind für uns heute unverständlich, insofern wir die Vorstellungswelt unserer Vor-Väter und -Mütter nicht teilen; sie werden jedoch dann verständlicher, wenn wir erkennen, wie die Elemente aus den verschiedensten Beweggründen allmählich, fast schleichend, zusammengewachsen sind, bis sie eskalierten.

¹⁰⁸ R. Rösler, 1997; B. Gräfrath, 1997; W. Arber 1997; K. Kotrschal 1997; R. Kurth 1997.

Das «Volk» des nationalen Romantizismus des frühen 19. Jh. mutierte zur nationalen «Rasse» des späten 19. Jahrhunderts.¹⁰⁹ Nicht die Kultur, sondern die Rasse birgt fortan das kollektive Traditionsgut, das der gemeinsamen, also nationalen Pflege bedarf. Der nationalistische Historismus wird folglich in die politische «National»-Biologie transformiert.¹¹⁰ Die Gesundheit des Volks wird zum obersten nationalen Gut. Es ist das höchste kollektive Ziel. Die Gesundheit der eigenen Rasse wird durch gesetztes Recht geschützt.

Auch das brillante Zeit-Drama «Professor Bernhardi» von Arthur Schnitzler aus dem Jahre 1912 läßt uns die verhandelte Thematik unter einer nochmals veränderten Perspektive sehen. Bernhardi ist Chefarzt in einer Klinik. Er ist assimiliert und liberal denkender Jude. Diese Kombination wird ihm im Umfeld mißgünstiger Kollegen zum gesellschaftlichen Verhängnis, als er bei einer sterbenden Patientin die Regeln der katholischen Religion aus Gründen des seelischen Friedens – wie er meint – nicht beachtet.

Schnitzlers Stück endet mit einem Gespräch zwischen Professor Bernhardi und einem Vertreter der Regierung. Der Politiker meint zum Professor:¹¹¹

«Aber Herr Professor, was fällt Ihnen denn ein? Vom Rechthaben ist noch keiner populär geworden. Nur wenn es irgendeiner politischen Partei in den Kram paßt, daß er recht hat, dann passiert ihm das. Und nebenbei Herr Professor, ist das ja nur eine Einbildung von Ihnen, daß Sie recht gehabt haben. [...] Und darum ist es das Beste, ja das einzig Anständige, wenn unsereiner sich in solche – G'schichten gar nicht hineinmischet.»

XIII. Literaturverzeichnis

A. Primärliteratur

Archiv für Rassen- und Gesellschaftsbiologie (einschließlich Rassen- und Gesellschaftshygiene). Organ der Deutschen Gesellschaft für Rassenhygiene, hrsg. v. Alfred Ploetz und Fritz Lenz (München: J. F. Lehmanns Verlag, seit 1908)

Bericht über die Verhandlungen eines zusammengesetzten Ausschusses des Preußischen Landesgesundheitsrats vom 2. Juli 1932, siehe Die Eugenik im Dienste der Volkswohlfahrt

¹⁰⁹ So auch Jakob Tanner in seiner Zürcher Antrittsvorlesung vom 12. Januar 1998: Die nationale Identität und kollektives Gedächtnis; die Schweiz im internationalen Kontext.

¹¹⁰ M. Senn, 1997, S. 258ff.

¹¹¹ A. Schnitzler, 1912, S. 252f.

- Binding Karl/Hoche Alfred, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form (Leipzig: Meiner [1920] 2. A. 1922) – Brecht Bertolt, Furcht und Elend des Dritten Reiches ([1935–39], Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1957/1970)
- Burgdörfer Fritz, Volk ohne Jugend. Geburtenschwund und Überalterung des deutschen Volkskörpers. Ein Problem der Volkswirtschaft, der Sozialpolitik, der nationalen Zukunft. Mit Abbildungen und Karten. Zeitschrift Geopolitik, Beiheft IX (Berlin-Grunewald, 1932)
- Die Entwicklung des Deutschen Gesundheitswesens. Kulturhistorische Schau über Hundert Jahre. Ausstellung der Reichsregierung auf der Internationalen Hygiene- Ausstellung, Dresden 1930/31, hrsg. v. M. Taute/C. Hamel/F. Rott (Berlin: Selbstverlag der Arbeitsgemeinschaft sozialhygienischer Reichsfachverbände, 1931)
- Die Eugenik im Dienste der Volkswohlfahrt. Bericht über die Verhandlungen eines zusammengesetzten Ausschusses des Preußischen Landesgesundheitsrats vom 2. Juli 1932 (Berlin: Verlagsbuchhandlung Richard Schoetz, 1932) (= Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, Bd. 36), zitiert: Bericht, 1932
- Ebert-Stockinger Clara, Mutterschaft. Werden, Geburt, Pflege und Erziehung des Kindes (Basel-Leipzig-Wien: Wendepunkt-Verlag [1917], 7. A. 1929)
- Fischer Alfons, Fürsorge für die Rasse, in: Bernhard Möllers (Hg.), Gesundheitswesen und Wohlfahrtspflege im Deutschen Reiche (Berlin–Wien: Urban & Schwarzenberg, 1923), S. 104–116
- Grotjahn Alfred, Die Hygiene der menschlichen Fortpflanzung. Versuch einer praktischen Eugenik (Berlin–Wien: Urban & Schwarzenberg, 1926)
- Gruber Max v./Rüdin Ernst (Hg.), Fortpflanzung Vererbung Rassenhygiene. Katalog der Gruppe Rassenhygiene der Internationalen Hygiene Ausstellung 1911 in Dresden (München: J. F. Lehmanns, 1911)
- Günther Hans F. K., Kleine Rassenkunde Europas (München: J. F. Lehmanns, 1925)
- Hitler Adolf, Mein Kampf. Erster Band: Eine Abrechnung (1925); zweiter Band: Die nationalsozialistische Bewegung (1927). Ungekürzte Ausgabe. (558. bis 562. Auflage. München: Zentralverlag der NSDAP, 1940, bisherige Gesamtauflage: 6 550 000 Exemplare)
- Hoffmann Hermann, Vererbung und Seelenleben. Einführung in die psychiatrische Konstitutions- und Vererbungslehre (Berlin: Springer, 1922)
- Hodann Max, Elternhygiene. Eugenik für Erzieher (Rudolstadt: Greifenverlag, 2. A. 1928)
- Jhering Rudolf v., Der Kampf ums Recht [Vortrag 1872], hrsg. v. Erik Wolf (Frankfurt: Klostermann, [1967], 5. A. 1977)
- Kant Immanuel, Von den verschiedenen Rassen [1775], in: ders., Werkausgabe in 12 Bänden, hrsg. v. Wilhelm Weischedel (Frankfurt/M.: Suhrkamp), Bd. 11 (1968/1977), S. 11–30
- Kant Immanuel, Bestimmung des Begriffs einer Menschenrasse, in: ders., Werkausgabe in 12 Bänden, hrsg. v. Wilhelm Weischedel (Frankfurt/M.: Suhrkamp), Bd. 11 (1968/1977), S. 65–82
- Lehmann Ernst, Experimentelle Abstammungs- und Vererbungslehre (Leipzig–Berlin: Teubner, 2. A. 1921)

- Marx Karl/Engels Friedrich, Manifest der Kommunistischen Partei [1848] (Stuttgart: Reclam, 1995)
- Meltzer Edwald, Das Problem der Abkürzung lebensunwerten Lebens (Halle, 1925)
- Mohl Robert von, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. 3 Bände (Erlangen: Enke, Bd. I [1855], Bd. II [1856], Bd. III [1858], Nachdruck Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1960)
- Nietzsche Friedrich, Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft [1886], in: ders., Werke, Bd. III, hrsg. v. Karl Schlechta (Frankfurt–Berlin–Wien: Ullstein, 1972), S. 9–205
- Offizieller Katalog der Internationalen Hygiene-Ausstellung, Dresden Mai bis Oktober 1911 (Berlin: Mosse, 1911)
- Katalog zur «Ausstellung des Deutschen-Hygiene Museums» (Dresden: Deutscher Verlag für Volkswohlfahrt, 1934)
- [Artikel] Rassenhygiene (Eugenik, Gesellschaftshygiene), in: Der Grosse Brockhaus. Handbuch des Wissens in 20 Bänden, Bd. 15 (Leipzig: 15. A. 1933), S. 389
- Ristow Erich, Erbgesundheitsrecht. Berechtigung, Bedeutung und Anwendung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses mit einem Anhang der Gesetze, Verordnungen und wichtigsten Runderlasse (Stuttgart–Berlin: Kohlhammer, 1935)
- Schnitzler Arthur, Professor Bernhardt [Komödie 1912] (Frankfurt/M.: Fischer 1962/81), S. 127–254 (= Das dramatische Werk, Bd. 6)
- Wagner Richard, Mein Denken [Sammlung verschiedener Schriften], hrsg. v. M.-G. Dellin (München–Zürich: Piper, 1982)
- Winkler W[ilhelm] F[riedrich], National- und Sozialbiologie (Leipzig: Quelle & Meyer, 1928) (= Wissenschaft und Bildung 247)
- Wilser Ludwig, Rassen und Völker (Leipzig: Theodor Thomas Verlag, o. D., um 1910)
- Winther Friedrich Heinrich, Körperbildung als Kunst und Pflicht (München: Delphin, 1920)

B. Sekundärliteratur

- Arber Werner, Ist die biologische Evolution genetisch bestimmt? (Autor: tr. Nach einem Vortrag von W. Arber), in: Neue Zürcher Zeitung 59 (1997), S. 71
- Bastian Till, Furchtbare Ärzte. Medizinische Verbrechen im Dritten Reich (München: Beck, 1995)
- Baumunk Bodo-Michael/Riess Jürgen (Hg.), Darwin und Darwinismus. Eine Ausstellung zur Kultur- und Naturgeschichte (Berlin: Akademie-Verlag, 1994)
- Becker Peter Emil, Zur Geschichte der Rassenhygiene. Wege ins Dritte Reich (Stuttgart–New York: Thieme, 1988)
- Becker Peter Emil, Sozialdarwinismus, Rassismus, Antisemitismus und Völkischer Gedanke. Wege ins Dritte Reich, Teil II (Stuttgart–New York: Thieme, 1990)

- Blattmann Heidi, Medizinische Ethik fünfzig Jahre nach den Nürnberger Prozessen, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 260 (1997), S. 17
- Brömer Rainer, Evolution und Verbrechen, in: Bodo-Michael Baumunk/Jürgen Riess (Hg.), Darwin und Darwinismus (Berlin: Akademie-Verlag, 1994), S. 128–133
- [Artikel] Erbkrankheiten, in: Der Gesundheits-Brockhaus (Mannheim: 3. A. 1984), S. 186, sp. 2
- [Artikel] Eugenik, in: Der Gesundheits-Brockhaus (Mannheim: 3. A. 1984), S. 194, sp. 2
- [Artikel] Eugenik, in: Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden, Bd. 6 (Mannheim: 19. A. 1988), S. 617
- Falk Ulrich, Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jh., in: A. Gouron/L. Mayali/A. P. Schioppa/D. Simon (Hg.) (Frankfurt/M: Klostermann, 1996), S. 251–292
- Frey Manuel, Der reinliche Bürger. Entstehung und Verbreitung bürgerlicher Tugenden in Deutschland, 1760–1860 (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1997) (= Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 119)
- Gall Lothar, Europa auf dem Weg in die Moderne 1850–1890 (München: Oldenbourg, 3. A. 1997)
- Gschwend Lukas, Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht [Diss. iur.] (Zürich: Schulthess, 1996)
- Uwe Puschner/Walter Schmitz/Justus H. Ulbricht (Hg.), Handbuch zur «Völkischen Bewegung» 1871–1918, (München–London–Paris: Saur, 1996)
- Hortzitz Nicole, «Früh-Antisemitismus» in Deutschland (1789–1871/72). Strukturelle Untersuchungen zu Wortschatz, Text und Argumentation (Tübingen: Niemeyer, 1988)
- Kaiser Jochen-Christoph/Nowak Kurt/Schwartz Michael, Eugenik – Sterilisation – «Euthanasie». Politische Biologie in Deutschland 1895–1945 (Berlin: Union, 1992)
- Keller Christoph, Der Schädelvermesser. Otto Schlaginhaufen – Anthropologe und Rassenhygieniker (Zürich: Limmat, 1995)
- Kotrschal Kurt, Biologie zwischen Wissenschaft und Ideologie, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 165 (1997), S. 14
- Kühl Stefan, Die Internationale der Rassisten. Aufstieg und Niedergang der internationalen Bewegung für Eugenik und Rassenhygiene im 20. Jh. (Frankfurt–New York: Campus, 1997)
- Kurth Reinhard, Infektionskrankheiten im Wandel, in: Spektrum der Wissenschaft. Dossier: Seuchen, Dossier 3/1997, S. 22–27
- Labisch Alfons/Tennstedt Florian, Der Weg zum «Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens vom 3. Juli 1934» (Düsseldorf: Akad. für Öffentl. Gesundheitswesen, 1985) (= Schriftenreihe der Akademie für öffentliches Gesundheitswesen in Düsseldorf o. Nr.)
- Laufs Adolf, Rechtsentwicklungen in Deutschland (Berlin–New York: De Gruyter, 5. A. 1996)
- Marten Heinz-Georg, Rassismus, Sozialdarwinismus und Antisemitismus, in: I. Fetscher/H. Münkler (Hg.), Pipers Handbuch der Politischen Ideen, Bd. 5. Neuzeit: Vom Zeitalter des

- Imperialismus bis zu den neuen sozialen Bewegungen (München–Zürich: Piper, 1987), S. 55–81
- Mosse George L., Die Geschichte des Rassismus in Europa [1978] (Frankfurt/M.: Fischer, 1990)
- Näf Beat, Von Perikles zu Hitler? Die athenische Demokratie und die deutsche Althistorie bis 1945 [Diss. phil. Zürich] (Bern–Frankfurt–New York: Lang, 1986)
- Schmidt Eberhardt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3. A. 1965)
- Schmuhl Hans-Walter, Eugenik und Rassenkunde, in: Bodo-Michael Baumunk/Jürgen Riess (Hg.), Darwin und Darwinismus (Berlin: Akademie-Verlag, 1994) S. 143–148
- Senn Marcel, Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli, in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Bd. 110 (1993), S. 372–405.
- Senn Marcel, Rechtsgeschichte – Ein kulturhistorischer Grundriss (Zürich: Schulthess, 1997)
- Sieferle Rolf Peter, Rassismus, Rassenhygiene, Menschenzuchtideale, in: U. Puschner/W. Schmitz/J. H. Ulbricht (Hg.), Handbuch zur «Völkischen Bewegung» 1871–1918 (München–London–Paris: De Gruyter, 1996), S. 436–448
- Sieferle Rolf Peter, Sozialdarwinismus, in: Bodo-Michael Baumunk/Jürgen Riess (Hg.), Darwin und Darwinismus. Eine Ausstellung zur Kultur- und Naturgeschichte (Berlin: Akademie-Verlag, 1994), S. 134–142
- Simon Dieter/Stolleis Michael, Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin (Tübingen: Mohr Siebeck, 1989)
- Speitkamp Winfried, Anti-Naturrecht im 19. Jahrhundert. Zur Staatslehre Karl Vollgraffs, in: Diethelm Klippel (Hg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung (Goldbach: Keip, 1997), S. 19–44
- Tanner Jakob, Nationale Identität und kollektives Gedächtnis: die Schweiz im internationalen Kontext. Zürcher Antrittsvorlesung vom 12. Januar 1998
- Wehler Hans-Ulrich, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1849–1914 (München: Beck, 1995)
- Weingart Peter/Kroll Jürgen/Bayertz Kurt, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2. A. 1996)

Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli*

Inhaltsübersicht

I.	Das Anliegen	294
A.	Zwischen Kontinuität und Erinnerungslücke	294
B.	Bluntschli als Genosse seiner und unserer Zeit	296
II.	Exkurs zum Thema Rassismus und Antisemitismus	299
A.	Rassismus	299
B.	Antisemitismus	301
III.	Bluntschlis Rechtsdenken in bezug auf rassistische und antisemitische Elemente	304
A.	Der Grundzug	304
B.	Bluntschlis Standpunkt Ende der fünfziger Jahre	305
C.	Bluntschlis Rechtsdenken vor der Auseinandersetzung mit den neuen Rassenlehren	307
D.	Bluntschlis werkimmanente Umsetzung und populärwissenschaftliche Vermittlung der Rassentheorien	312
1.	Die Konstellation: Arier versus Semiten	312
2.	Die «Nationalität» als politische und anthropologische Kategorie	314
3.	Die Einführung des Rassebegriffs unter den Aspekten von Religion und Wirtschaft	316
4.	Die doppelte Bedeutung des Rassebegriffs bei Bluntschli	318
5.	Zwischen Rechtsstaat und Rasse	319
E.	Die Erfüllung der nationalpolitischen Ambitionen Bluntschlis durch die Reichsgründung 1871 und ihre Rückwirkung auf seine Wissenschaftskonzeption	320
IV.	Die Beurteilung der Argumentation Bluntschlis in bezug auf Rassismus und Antisemitismus	322
A.	In bezug auf den Vorwurf des Rassismus	322
B.	In bezug auf den Vorwurf des Antisemitismus	323
C.	Fazit	325

* Überarbeitete Fassung meiner Zürcher Antrittsrede vom 4. Mai 1992. Clausdieter Schott dankbar gewidmet. Erstpublikation in: Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli, in: ZRG.GA 110 (1993) 372–405.

I. Das Anliegen

A. Zwischen Kontinuität und Erinnerungslücke

Was haben Rassismus und Antisemitismus mit Rechtsgeschichte zu tun? – Genau soviel, wie Rechtswissenschaft und Rechtspolitik damit zu tun hatten. Rassismus und Antisemitismus sind Realitäten des 19. und 20. Jahrhunderts.¹ Doch klafft hier eine rechtshistorische Erinnerungslücke. Das unliebsame geschichtliche Phänomen wird verdrängt. Die verinnerlichte Optik des Positivismus sanktioniert solches Vorgehen. Auch das ist Methode. Rassismus und Antisemitismus waren bisher weder marginale noch selbständige Forschungsgebiete der Rechtsgeschichte. Selbst im Rahmen der neuesten Bereitschaft zur Diskussion des Verhältnisses der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zum Nationalsozialismus sind die Aspekte von Rassismus und Antisemitismus meist nur Beiläufigkeiten,² obwohl wir diese Gesichtspunkte sonst selbstverständlich mit der nationalsozialistischen Phase verknüpfen.

¹ U. Bielefeld (Hrsg.), *Das Eigene und das Fremde. Neuer Rassismus in der Alten Welt?*, 1991; W. Bergann/R. Erb, *Antisemitismus in der Bundesrepublik Deutschland. Ergebnisse der empirischen Forschung von 1946–1989*, 1991; E. Tugendhat, *Als Jude in der Bundesrepublik Deutschland* (1987), in: ders., *Ethik und Politik*, 1992, 80ff. (Die Lage in der Schweiz weicht von derjenigen in der BRD kaum ab. Der Schweizerische Bundesrat spricht in der «Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision» von «tiefverwurzelte(n) rassistischen Vorurteile(n) und Fremdenfeindlichkeit ... eines Teils der schweizerischen Bevölkerung» [Einleitung]). P. E. Becker, *Zur Geschichte der Rassenhygiene. Wege ins Dritte Reich I*, 1988; ders., *Sozialdarwinismus, Rassismus, Antisemitismus und Völkischer Gedanke. Wege ins Dritte Reich II*, 1990.

² M. Stolleis/D. Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, 1989. Keiner der Beiträge thematisiert konzeptionell das Verhältnis von Rechtswissenschaft und -praxis zu Antisemitismus und Rassismus. Aber auch in Einzeluntersuchungen zum Themenkomplex des Nationalsozialismus, die in der «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte» seit 1979 erschienen sind, fehlt ein Beitrag mit entsprechender Problemsicht. Die Thematik Rassismus und Antisemitismus spielt allenfalls noch hinein, vgl. die Beiträge von J. Wolff, *Jugend und Strafrecht im Nationalsozialismus*, ZNR 13 (1991) 41ff.; L. Gruchmann, *Das Ehegesetz vom 6. Juli 1938*, ZNR 11 (1989) 63ff.; B. Rüthers, *Von der «Normalität» der Ziviljustiz im Dritten Reich*, ZNR 11 (1989) 184ff.; L. Gruchmann, *Die Entstehung des Testamentsgesetzes vom 31. Juli 1938*, ZNR 7 (1985) 53ff.; M. Bock, *Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus*, ZNR 6 (1984) 132ff.; J. Meinck, *Justiz und Justizfunktion im Dritten Reich*, ZNR 3 (1981) 28ff. Die dogmengeschichtliche Optik prägt die Beiträge, sodaß lediglich Meinck (38f.) und Rüthers (ansatzweise 185) die Aspekte streifen.

Die thematische Verbindung von rassistischen und antisemitischen Denkhaltungen mit der Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts,³ folglich auch mit dem Rechtsdenken von Bluntschli⁴ und unserer Vorstellung hiervon,⁵ ist daher eine Herausforderung. Die Auseinandersetzung verspricht jedoch doppelten Erkenntnisgewinn:

- Eine offene Auseinandersetzung am historischen Objekt zeigt uns, daß selbst jene Begriffe, die als geklärt gelten, wissenschaftlich auseinandersetzbare bleiben. Die zeitbedingte Betrachtungsweise jeder Wissenschaftsdisziplin prägt

³ Die Verbindung der Thematik rassistischer und antisemitischer Elemente mit dem Rechtsdenken des 19. Jh. ist kaum geläufig. Hingegen ist der Zusammenhang von Antisemitismus und Rassismus mit der nationalsozialistischen Rechtsanschauung ein beredter, jedoch nicht näher untersuchter Allgemeinplatz. Das Verhältnis der Rechtslehre des 19. Jh. zu Rassismus und Antisemitismus ist bisher nicht näher ins Blickfeld geführt worden. Den rechtsgeschichtlichen Lehrbüchern ist das Kapitel mit Bezug auf die Rechtswissenschaft des 19. Jh. fremd. Einzig die Dissertation von Annegret Brammer, *Judenpolitik und Judengesetzgebung in Preußen 1812 bis 1847*, 1987, untersucht einen auf die Neuzeit ausgerichteten Aspekt, allerdings beschränkt auf Preußen. Dabei darf nicht übersehen werden, daß Preußens Judenpolitik eine bis Mitte der achtziger Jahre bereits allgemeingeschichtlich aufgearbeitete Thematik ist und daher nicht als besondere Eigenleistung juristischer Selbstreflexion zu Buche schlagen kann.

⁴ Ein wenig differenzierter sieht das Bild in bezug auf Bluntschli aus. Immerhin befaßt sich Monika HiIdegard Fassbender-Ilge (*Liberalismus–Wissenschaft–Realpolitik*, 1981), die das Staatswörterbuch von Bluntschli/Brater hinsichtlich der deutschen Liberalismusgeschichte auswertet, mit Bluntschlis spezifischem Verständnis des «arischen» Rechts (264ff., auch wenn sie keine anti-jüdische Antipathie feststellt [274]!). – Die umfassenderen Untersuchungen der Nachkriegszeit zu Bluntschlis Rechts- und Staatslehre von J. Vontobel, *Die liberal-konservative organische Rechts- und Staatslehre Johann Caspar Bluntschlis*, 1956 (charakteristisch für den damaligen Zeitgeist: 126f., 141ff. mit dem besonderen Hinweis auf die Darstellung des Verhältnisses zu Gobineau) sowie St. D. Schmidt, *Die Allgemeine Staatslehre Johann Caspar Bluntschlis*, 1966, greifen die Thematik als solche nicht auf (s. aber Schmidt, 58–60).

⁵ Offensichtlich läßt Bluntschli als eine außerordentlich bedeutende Symbolfigur für die Schweizer Rechtswissenschaft und die Zürcher Verhältnisse im besonderen eine entsprechende Thematisierung nicht zu. So erstaunt es kaum, das anläßlich der Jahrhundertfeier von Bluntschlis Todestag, die unter dem Patronat der Präsidialabteilung der Stadt Zürich im Jahre 1981 stattfand, jeglicher Hinweis auf vorliegende Problematik fehlte. Der Ausstellungskatalog «Johann Caspar Bluntschli 1808–1881, Diener am Recht, der Heimat, der Staaten und Völker» [1981/82] wurde zusammen mit dem Stadtarchiv und dem Publizistischen Seminar der Universität Zürich erarbeitet. Bezeichnend für den «festlichen Geist» ist die Gedenkrede von Alt-Obergerichtspräsident Dr. Willy Hochuli, *Johann Caspar Bluntschli (1808 bis 1881)*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 101 (1982) 87–104 (man beachte die Ausführungen zur politischen Haltung Bluntschlis mit Schluß zur Gegenwart, 100f.). – Immerhin kann hier auf die von Brigitte Geiger, Zürich, der Philosophischen Fakultät I der Universität Zürich im Mai 1992 vorgelegte Lizentiatsarbeit aufmerksam gemacht werden, die erstmals «Die Rassentheorie von Johann Caspar Bluntschli» (130 S.) eingehend darstellt.

ihre Erörterungen, die daher stets erneuter *kritischer* Lesart bedürfen.⁶ Was die Rechtsgeschichte zum Thema von Rassismus und Antisemitismus nicht bieten kann oder will, ist folglich zu ergänzen. Der bisherige Interpretationsrahmen zum 19. und 20. Jahrhundert ist entsprechend zu hinterfragen. Die Genrebilder von Bluntschli und anderen Koryphäen sind sodann zu berichtigen.

- Eine offene Auseinandersetzung am historischen Objekt hilft uns selber, das Bewußtsein für die Gegenwart und ihre gleich gelagerten Problemstellungen zu schärfen. Insbesondere sollte uns durch die Entdeckung der Kontinuität von Antisemitismus und Rassismus im Rechtsdenken zwischen dem 19. und 20. Jahrhundert in rechtspolitischer Hinsicht bewußt(er) werden, wie bedenklich und gefährlich es ist, solche Zusammenhänge zu verschweigen und sie durch Begriffe und Jahreszahlen auf eng begrenzte Räume und Zeiten, wie «Deutschland 1933–45», zu einer plakativen Anekdote des geschichtlich einmalig Bösen und Entsetzlichen zu reduzieren.⁷ Dadurch wird das latente Problemfeld weder wissenschaftlich noch politisch geklärt. Im Gegenteil, alte Vorstellungen überleben. Ohne Klärung der Vergangenheit gibt es keine erfolgreiche Neugestaltung der Zukunft.

B. Bluntschli als Genosse seiner und unserer Zeit

So wenig die Kontinuität von antisemitischen und rassistischen Denkströmungen in der Rechtswissenschaft ein Thema ist, so wenig ist bisher davon in bezug auf Bluntschli die Rede. Das hat weniger mit Bluntschli selbst, als vielmehr mit uns und unserem verklemmten Verhältnis zur angesprochenen Thematik zu tun.⁸

⁶ W. J. Mommsen, Perspektivengebundenheit und Objektivität historischer Forschung, in: Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 40 (1992) 341–349; M. Senn, Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 15 (1993) 66–77.

⁷ M. Senn, Juristenschicksale und Schicksalsjuristen, in: Rechtshistorisches Journal 11 (1992) 181–194, s. Beitrag 19, 359–373.

⁸ Zu lesen ist etwa: «Einzelne Besonderheiten, wie der Vergleich des Staates mit dem menschlichen Körper oder die Betonung der positiven Eigenschaften der Arier, wirken allerdings abwegig» (D. Schindler, Einleitung zu «Johann Caspar Bluntschli, Die schweizerische Nationalität», in: H. Merz/D. Schindler/H. U. Walder (Hrsg.), Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, 1991, 86; ders., Bluntschli, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. I [1985], 840). Während Schindler immerhin auf die bedenklichen Äußerungen Bluntschlis zum Thema «Arier» noch hinweist, mokierte sich die weitere Literatur meist nur über das eigenartige Verhältnis Bluntschlis zu Friedrich Rohmer, so H. Schulthess, Zu J. C. Bluntschli's Leben und Wirken vom Rohmer'schen Standpunkt aus. Manuskript für Freunde, gedruckt 1882, 26f.; F. v. Holtzendorff, J. C. Bluntschli und seine Verdienste um die Staatswissenschaften, 1882, insb. 12 ff., 34ff.; F. Meili, J. C. Blunt-

Wenn also im folgenden eine von den Historikern verschwiegene Dimension von Bluntschlis offenkundig rassistischen und früh-antisemitischen Elementen seines Rechtsdenkens zur Sprache gelangt, so wird dadurch der Mythos Bluntschli, nicht aber Bluntschlis Leistungsausweis in Frage gestellt.

Denn Bluntschli hat unstreitig großartige Leistungen vollbracht. Er war ein engagierter Politiker in Zürich und mit mehr Erfolg in Deutschland, wo er seit 1848 bis zu seinem Lebensende im Jahre 1881 wirkte. Aber nicht nur aufgrund dieser Tatsache, sondern vielmehr aufgrund seines wissenschaftlichen Werkes, das sich fortwährend mit der Frage der nationalen Erneuerung Deutschlands auseinandersetzte, ergibt sich ein enger Zusammenhang von Bluntschli zu Deutschland. Neben Robert von Mohl und Friedrich Julius Stahl gilt er zudem als einer der bedeutendsten Staatsrechtstheoretiker deutscher Sprache des 19. Jahrhunderts. Darüber hinaus hat er Hervorragendes auf den Gebieten des Kriegs- und Völkerrechts geleistet und bei der Gründung des «Institut de droit international» mitgewirkt. Die Schweizer, namentlich die Zürcher, verehren in Bluntschli auch den Schöpfer des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches, das die Grundlage für das viel gerühmte nationale Zivilgesetzbuch von 1907 bildet.⁹

Die vorliegende Problemstellung kann aber trotz dieses beachtlichen Leistungsausweises nicht übergangen werden. Denn unter quantitativem und qualitativem Aspekt der Äußerungen erscheint Bluntschli als ein eindrückliches Beispiel. In seinem Rechtsdenken erfassen wir repräsentativ die ambivalenten Ansichten und Stellungnahmen eines namhaften Juristen des 19. Jahrhunderts zur «Judenfrage» und «Rassenlehre». Die Frage der bürgerlichen Gleichstellung der Juden war im Deutschland des 19. Jahrhunderts während mehr als drei Jahrzehnten ein brennendes Politikum, mit dem sich auch bedeutende Juristen, unter anderen Karl von Rotteck,¹⁰ Friedrich Julius Stahl¹¹ und Robert von Mohl¹² politisch und/oder wis-

schli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft, 1908, 22; H. Bluntschli, Br. Johann Caspar Bluntschli in seiner Stellung zu den geistigen Strömungen seiner Zeit, 1908, 31; H. Fritzsche, Johann Caspar Bluntschli, in: H. Schulthess (Hrsg.), Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, 1945, 148f.; M. Bullinger, Johann Kaspar Bluntschli, in: Juristenzeitung 1958, 562 sp. 2; W. Hochuli (Anm. 5) 90.

⁹ G. Kleinheyer/J. Schröder, Deutsche Juristen, 3. A. 1989, 44.

¹⁰ R. von Treskow, Erlauchter Vertheidiger der Menschenrechte! Die Korrespondenz Karl von Rottecks, Bd. 1: Einführung und Interpretation, 1990, 160–170.

¹¹ Stahl gilt mit seiner Schrift «Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judenthum» (1847) außerhalb unserer Disziplin (vgl. Kleinheyer/Schröder: das umstrittene Werk wird nicht zu den Hauptwerken gerechnet und daher nicht aufgeführt [Anm. 9, 267]) als Verfasser eines der Hauptwerke der früh-antisemitischen Literatur, vgl. N. Hartzitz, «Früh-Antisemitismus» in Deutschland (1789–1871/72), 1988, 10. Die Thematik wird freilich, soweit überhaupt erkannt,

senschaftlich befaßten. Auch die Tatsache, daß Bluntschli ein Zeitgenosse des Dichterkomponisten Richard Wagner¹³ und des Sozialphilosophen Karl Marx¹⁴ war, um nur einige der berühmteren Namen zu erwähnen, würde Vorsicht erfordern. Denn sie gelten neben vielen anderen – auch wenn die Rechtsgeschichte davon keine Notiz nimmt –, als Vertreter jenes früh-antisemitischen Gedankenguts des 19. Jahrhunderts, das sich in einer stattlichen Anzahl von Publikationen niederschlug.¹⁵ Schließlich wurden seit Mitte des 19. Jahrhunderts die modernen Rassenlehren formuliert, mit denen sich ein gesellschafts- und staatspolitisch Interessierter, wie Bluntschli,¹⁶ unumgänglich auseinanderzusetzen hatte. Die Frage

von den neueren Biographen Stahls nur am Rande gestreift, vgl. Hanns-Jürgen Wiegand, *Das Vermächtnis Friedrich Julius Stahls*, 1980; Christian Wiegand, *Über Friedrich Julius*, 1981; Wilhelm Füssli, *Professor in der Politik: Friedrich Julius Stahl*, 1988. Diese Untersuchungen siedeln Stahl als Konservativen zwischen Spätidealismus und Naturrechtsdenken an und zielen dahin, Stahl zu aktualisieren.

¹² R. v. Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. II (1856) 322f., mit Literaturübersicht (Anm. 1, 322). Mohl charakterisiert die vertrackte Lage in bezug auf die Judenfrage eindrücklich: «Es ist leicht, sich die Gründe und Gegengründe der beiden Partheien zu denken; schwer aber, ein richtiges Urtheil über die Sache und über die Schriften zu fällen. Auf abstrakt humanem Standpunkte muß freilich den Forderungen und Beschwerden der Juden in dem vollsten Umfange Recht gegeben werden. Allein für den Staatsmann, welcher die Verhältnisse zu nehmen hat, wie sie sind, und nicht wie sie sein könnten und sollten, und den nicht Ausnahmen über die Regel verblenden dürfen, sind doch wohl eine zähe, engeverbundene, fremdartige Nationalität, vielfach verschiedene Grundanschauungen vom Leben und seinen sittlichen Trägern, eine nicht wünschenswerthe Richtung der Thätigkeit, gegründete Veranlassungen zu Zweifeln und Zögerungen, wo es sich – versteht sich, nicht von menschlichen und bürgerlichen Rechten – aber von einer vollständigen Einfügung in das staatliche Leben handelt» (323). Die Zwiespältigkeit der Argumentation ist offenkundig. Was zu tun sei, und was aus politischen Gründen noch nicht angehe, äußert Mohl einige Jahre später in seinen Betrachtungen «Von politischen Parteien und Elementen», in: *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. 2, 1862, 3–18, wieder abgedruckt bei: K. von Beyme/Robert von Mohl (Hrsg.), *Politische Schriften*, 1966, 243ff., insb. 260f. Auch zur Rassenpolitik nimmt er ausführlich Stellung: ders., *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 2. A. 1872, 576–585.

¹³ D. Borchmeyer, *Wagner und der Antisemitismus*, in: U. Müller/P. Wapnewski (Hrsg.), *Wagner-Handbuch* 1986, 137–161; M. Eger, *Wagner und die Juden* (Bayreuther Ausstellungskatalog), 1985, 46f.; P. Stadler, *Richard Wagners Judenfeindschaft*, in: ders., *Zwischen Mächten, Mächtigen und Ideologien*, 1990, 260–265; A. Mork, *Richard Wagner als politischer Schriftsteller* (Diss.), 1990, 108ff. Anzumerken bleibt, was in der Diskussion zu wenig gewichtet wird, daß Wagner sich gegen die Rassenlehre Gobineaus aus seiner christlichen Anschauung heraus skeptisch bis ablehnend äußerte, vgl. Cosima Wagner, *Tagebücher*, Bd. 4 (1881–83), 29. A. 1982, Eintragungen: 19.4.1881, 3.6.1881, 23.4.1882, 13.10.1882.

¹⁴ K. Marx, *Zur Judenfrage*, (Paris) 1844.

¹⁵ N. Hertzitz (Anm. 11), *Zusammenstellung der Literatur*, 7–10 und mit gründlicher Analyse der Sprachführung.

¹⁶ Bluntschli wurde vom Münchener Professorenkollegen Sybel als Politiker zu vier Siebentel und Professor zu drei Siebentel bezeichnet, woran Bluntschli Gefallen fand: ders., *Denkwürdiges aus meinem Leben* (hrsg. v. R. Seyerlen), Bd. II, 1884, 309.

also wäre längst schon zu beantworten gewesen: Konnte sich ausgerechnet ein politisch denkender Wissenschaftler vom Format Bluntschlis gegenüber den seinerzeit aktuellen Themen desinteressiert verhalten und dazu keine Stellung beziehen? Der allgemeinen Lebenserfahrung zufolge wäre solch ein Verhalten nicht zu erwarten und hätte daher eines klärenden Wortes bedurft. Desgleichen wäre von einer mythologisierenden Geschichtsschreibung zu erwarten, daß sie die Verdienste eines Bluntschli in der Auseinandersetzung mit den Rassenlehren und dem Antisemitismus im Horizonte ihres traditionell humanistischen Selbstverständnisses hervorheben würde. Davon war aber nie die Rede.¹⁷ Die ausstehenden Antworten veranlassen somit Nachfragen.

Im Zentrum der vorliegenden Erörterung steht daher eine ideengeschichtlich-funktionale Inhaltsanalyse des Werkes von Bluntschli mit Bezug auf die Themen von Rassismus und Antisemitismus. Ziel der Darlegungen ist es, die Thematik in einer möglichst sachlichen Weise aufzubereiten und zur Diskussion zu stellen, sodaß sie nicht länger umgehbar ist.

II. Exkurs zum Thema Rassismus und Antisemitismus

A. Rassismus

Welche Kriterien berechtigen, ein Verhalten oder Denken als «rassistisch» zu bezeichnen?

Rassismus¹⁸ hat mit Ausgrenzungspraktiken oder ausgrenzenden Äußerungsformen zu tun, die immer wieder, also regelmäßig erfolgen und deshalb eines besonderen Begründungszusammenhangs, somit einer ideologischen Basis bedür-

¹⁷ Vgl. Anm. 5 zuvor. Bemerkenswert ist, daß Bluntschlis Rechtsgutachten «Der Staat Rumänien und das Rechtsverhältniß der Juden in Rumänien», 1879 (auch in englischer und französischer Sprache erschienen) regelmäßig nicht erwähnt wird. Der Grund dafür dürfte wohl in der Befolgung der sprichwörtlichen Klugheitsregel liegen, einen schlafenden Hund nicht zu wecken. Denn dann müßte die gesamte «abwegige» Thematik im Spannungsfeld von Rassismus und Antisemitismus aufgegriffen werden. Das Rechtsgutachten ist aus dem Blickwinkel des «civilisierten» Staatsmannes und Vertreters der europäischen Großmächte verfaßt, der den Staat Rumänien gebieterisch (unter Sanktionsandrohung) auffordert, die Juden nicht länger ihrer Religion wegen rechtswidrig zu behandeln (23).

¹⁸ I. Geiss, *Geschichte des Rassismus*, 1988, 16. f.; W. Conze, *Rasse*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, 136, 177f.; P. E. Becker (Anm. 1), Bd. I und Bd. II insb. 499ff.

fen.¹⁹ So setzt die «Vierte Erklärung der UNESCO» Rassismus mit der Meinung gleich, es gebe unbezweifelbare Grundlagen, welche die Einteilung der Menschen nach hierarchischen Klassen aufgrund kultureller, psychologischer und biologischer Kriterien ermögliche.²⁰

Bereits das Aufklärungszeitalter strebt nach einem idealen Bild vom schönen und vollkommenen Menschen. Es klassifiziert die Menschen aufgrund ihrer äußeren Erscheinung nach dem damaligen Erkenntnisstand anthropologischer und ethnologischer Kriterien. Physiognomik und Phrenologie sind aber noch Ausdruck eines kulturhistorischen Bestrebens, die mannigfachen Erscheinungen der Welt zu erfassen, sie zu analysieren und nach natürlichen Gesetzmäßigkeiten zu ordnen. Ende des 18. Jahrhunderts entwickelt die Wissenschaft zudem eine epochemachende biologische Evolutionstheorie, mit deren Hilfe sich die gesamte Natur als ein organisches System denken läßt.²¹ Sie fördert jenen anthropologischen Ansatz, wie ihn bereits der frühe Kant vertritt,²² die Menschen nämlich als Rassen²³ zu begreifen, und bereitet dadurch die Grundlagen für die Rassen- und Abstammungslehren des 19. Jahrhunderts vor.

Die Rassentheorien des 19. Jahrhunderts sind durchaus ein gesamteuropäisches Phänomen. Wir treffen auf englische, französische und deutsche Autoren. Ihre Grundlagen bilden insbesondere biologische und humanmedizinische Erkenntnisse des 19. Jahrhunderts, woraus anthropologische Differenzierungskriterien der Schönheit, Ehrbarkeit, besonderen Befähigung und des Charakters als ausschließlich vererbare Vorzüge gebildet werden.²⁴ In der Verbindung mit dem Nationalismus erhalten diese Vorstellungen eine sozialpolitische Relevanz und Funktion: Sie dienen als Kriterien politischer Wertung, Ordnung und nationaler Identifikation im Umfeld eines technisch und wirtschaftlich enormen Struktur-

¹⁹ G. L. Mosse, *Die Geschichte des Rassismus in Europa* (engl. 1978), 1990 und R. Miles, *Rassismus*, 1991, 90, 130. Die beiden Autoren zeigen in ihren neuesten Veröffentlichungen, daß der Begriff des Rassismus heute überstrapaziert ist. Insbesondere eine politisierende Verwendungsweise, die assoziativ und persuasiv argumentiert, intendiert, Verbindungen zur nationalsozialistischen Genozidstrategie an den Juden oder zum aggressiven Kolonialismus Europas und Nordamerikas herzustellen. Der Ausdruck «Rassismus» verkommt dadurch zur denunzierenden Vokabel, die kaum mehr eines universellen Begriffs fähig ist. Was als rassistisch anzusprechen ist, muß aufgrund der historischen Situation jeweils individuell-konkret bestimmt werden (R. Miles, *Die Idee der «Rasse» und Theorien über Rassismus*, in: Bielefeld [Anm. 1] 196).

²⁰ Nach R. Miles, *Rassismus*, 1991, 64.

²¹ A. Timm, *Einführung in die Wissenschaftsgeschichte*, 1973, 113f.

²² I. Kant, *Von den verschiedenen Racen der Menschen*, 1775.

²³ Conze (Anm. 18) 147f.

²⁴ Timm (Anm. 21) 125f.

wandels des Industriezeitalters. Rassemäßige Differenzierungen erfüllen somit konkrete gesellschaftliche Abgrenzungsfunktionen. Je grobschlächtiger der Nationalismus auftritt, desto markanter wird die rassemäßige Abgrenzung zum Ausgrenzungsstrategem umfunktioniert. Die nationale Identifikation erfolgt nach dem Exklusionsprinzip der Vererblichkeit von vorgeblich besonderen Eigenschaften und grenzt dadurch Andersartige ab und aus.²⁵

Die nationalpolitischen und rassemäßigen Vorstellungen verdichten und verfestigen sich zunehmend in der Weise. Sie legitimieren auch eine Strukturierung der Gesellschaft in Abgrenzung zu egalitären Bestrebungen im Gefolge des Aufklärungszeitalters und der Französischen Revolution. Nicht Philanthropie im Sinne des Aufklärungszeitalters sondern Rassenhygiene im Sinne von humanmedizinischer Eugenik wird zum qualitativen Argument politischer Denkweise und fungiert als Schlagwort seit Ende des 19. Jahrhunderts. Diese Umwertungen wirken in die Wissenschaft zurück.²⁶

B. Antisemitismus

Der Antisemitismus ist nur eine besondere Form von Rassismus und richtet sich ausschließlich gegen die Juden als Volk. Die Judenfeindschaft hat viele Formen im Verlaufe der europäischen Geschichte gekannt: Sie reicht von der wirtschaftlichen Ausbeutung, der rechtlichen und sozialen Unterprivilegierung bis zu offenem Haß und blutiger Verfolgung im Spätmittelalter und fiskalischer Ausbeutung im aufkommenden Territorialstaat der frühen Neuzeit. Diese judenfeindlichen Haltungen waren noch religionsideologisch und wirtschaftlich motiviert.²⁷

Der Antisemitismus dagegen ist eine Folgeerscheinung der Industrialisierung im 19. und 20. Jahrhundert und somit eine demagogisch-politische Reaktion auf die Überforderung eines in der Neuzeit beispiellosen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umgestaltungsprozesses, der von einem Großteil der Bevölkerung

²⁵ Mosse (Anm. 19) 95ff.; Becker (Anm. 1) II, 340ff.; vgl. Text bei und zu Anm. 28 nachfolgend.

²⁶ Den Juristen ist die von Cesare Lombroso vertretene Lehre vom geborenen Verbrecher als absurdes Beispiel bekannt: H. Bohnsack, Einführung in die Psychiatrie, 1991, 196; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. A. 1965, 366, 370.

²⁷ F. Battenberg, Das europäische Zeitalter der Juden, 2 Bde. 1990: I, 144ff.; dtv-Atlas I, 24. A. 1990, 155 sp. 2; ein konkretes Beispiel am Vorabend der französischen Revolution stellt Kreittmayr dar, s. H. Schlosser, Der Gesetzgeber Kreittmayr und die Aufklärung in Kurbayern, in: R. Bauer/ H. Schlosser (Hrsg.), Ein Leben für Recht, Staat und Politik, FS zum 200. Todestag, 1991, 31f.

rational kaum bewältigt werden kann und zu existenziellen Krisen des Einzelnen und der Gesellschaft führt.²⁸ Die Verunsicherungen sammeln und entladen sich unter anderem auch in der traditionellen Judenantipathie. Die Juden werden als Bedroher und Verursacher empfunden. Der Antisemitismus repräsentiert also eine Abwehrideologie gegen die soziale und rechtliche Emanzipation der Juden im modernen Nationalstaat.²⁹

²⁸ Der technisch-wirtschaftliche Strukturwandel, die Überbevölkerung, die Mißernten sowie der Kapitalismus als neue Wirtschaftsform stellen enorme und für viele eine kaum verkraftbare Umgestaltung des staatlichen, gesellschaftlichen und persönlichen Lebens dar (A. Barkai, Jüdische Minderheit und Industrialisierung, 1988, 1ff.; W. Jochmann, Akademische Führungsschichten und Judenfeindschaft in Deutschland 1866–1918, in: H. O. Horch/H. Denkler [Hrsg.], *Conditio Judaica* II, 1989, 2; G. Droege, Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte, 1972, 157f., 177f.; H. U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte II, 1987, 194ff., 516, 604ff.). Entsprechend häufen sich Klagen über den allgemeinen Kulturverfall, das Schwinden religiöser Bindungen, ständischer Traditionen, den Verlust des Reichs als umfassende Lebensordnung. Politischer Romantizismus als Form moderner Massenbeherrschung tritt auf und verspricht eine bessere, heilere und wieder geordnetere «Welt». Das Individuum leidet und scheitert an den gesellschaftlichen Strukturbedingungen des 19. Jahrhunderts, die es rational nicht mehr zu bewältigen vermag. Je diffuser die Vorstellungen von den Wirkungsursachen des Umstrukturierungsprozesses und seiner Folgen sind, desto schneller wird der Ausweg aus der Pression gesucht. Die Tendenz zum Subjektivismus aufgrund einer philosophiegeschichtlich veränderten Grundlage (dazu M. Senn, Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft, 1991, 31f.) wird damit geprägt. Die traditionellen Vorstellungen vom Fratzenhaften, Bösen und Ausbeuterischen des Juden eignet sich somit als Ventil, Druck abzulassen. Die Tatsache, daß ein Teil der Juden aufgrund der seit dem Mittelalter praktizierten Wirtschaftspolitik über jenes «Know-How» verfügt, welches das kapitalistische Wirtschaftssystem erfordert, verschärft die Lage noch. Ferner stellen die Juden einen Großteil der politischen Vertreter der modernen liberal-demokratischen Bewegung (vgl. A. Herzig, Das Assimilationsproblem aus jüdischer Sicht [1780–1880], in: H. O. Horch/H. Denkler, *Conditio Judaica* I, 1988, 20–23; W. Grab, Aspekte der Judenemanzipation in Tagesliteratur und Publizistik [1848–1869], ebd. 286, 300f.; Barkai [Anm. 28] 5). Sie haben sich überdies den Verhältnissen, Sprache und Kultur angepaßt.

²⁹ Der Emanzipationsgedanke ist Ausfluß eines vernunftrechtlichen Humanismus, der sich in der Verkündung der Menschenrechte in den Vereinigten Staaten von Nordamerika (1776) und in Frankreich (1789) ausdrückt. Bereits um 1800 läßt sich eine erste konkrete Emanzipationswelle von Frankreich ausgehend auch in Österreich, Preußen und Baden feststellen: Battenberg (Anm. 27) II 85ff.; ders., Die Französische Revolution und die Emanzipation der Juden im Elsaß und in Lothringen, in: V. Rödel (Hrsg.), Die Französische Revolution und die Oberrheinlande (1789–1798), 245–273; R. Rürup, Emanzipation und Antisemitismus (1975), 1987, 16, 57ff. Beispielhaft beschreibt Preußen den Weg. Der Verwaltungsbeamte Christian Dohm regt mit seinem Buch «Über die bürgerliche Verbesserung der Juden» (1781) die Diskussion an, die ebenfalls dem dramatischen Gedicht «Nathan der Weise» von Gotthold Ephraim Lessing Anstöße verdankt, das 1783 (wie später Arthur Schnitzlers «Professor Bernhards» [1912], das den Wiener Antisemitismus der Jahrhundertwende thematisiert) in Berlin uraufgeführt wird. Auch Wilhelm von Humboldt fordert 1809 die Gleichstellung der Juden. 1812 ergeht ein entsprechendes Edikt, das aber nur kurze Zeit in Kraft bleibt. Nach dem Wiener Kongreß von 1814/5 verschlechtert sich als Folge von Restaurationspolitik, Nationalismus und Wirtschaftslage die Situation der Juden und gipfelt vorerst in den Hep-Hep-Krawallen um 1820 (Battenberg [Anm. 27] II 123ff.). Im Streit um

Die Emanzipationsfrage wird in Deutschland seit den liberalen Bestrebungen der 1830er Jahre heftig diskutiert. Die juristische Debatte wird durch das Emanzipationsgesetz des Nord-Deutschen Bundes von 1869, das seit der Reichsgründung von 1871 für ganz Deutschland gilt, erfolgreich beendet.³⁰ Auch wenn mit dem Gesetzeserlaß die bürgerliche Gleichstellung der Juden in rechtsstaatlicher Hinsicht entschieden ist, so bleiben die kontroversen Standpunkte bestehen. Die Analyse des bis zur Reichsgründung erschienenen antijüdischen Schrifttums zeigt vier typische Argumentationsebenen,³¹ eine religiöse, eine völkisch-nationale,³² eine wirtschaftliche und eine anthropologische. Sie bilden damit einen Argumentationsfundus im Zeitpunkt des Aufkommens der Rassenlehren.

Der Antisemitismus macht sich den vorhandenen Argumentationsfundus zunutze. Am 2. September 1879 kündigt der antijüdische Publizist Wilhelm Marr³³ ein «Antisemitisches Wochenblatt» an und gründet die «Antisemitische Liga». Ab 1880 ist der Ausdruck Antisemitismus allgemein gebräuchlich.³⁴

Die ersten Belege für die Wortbildung «antisemitisch» finden sich allerdings bei den sprachlich versierten und politisch engagierten Juristen, nämlich im «Staatslexikon» von Rotteck/Welcker und im «Staatswörterbuch» von Bluntschli/Brater.³⁵ Das verwundert indes nicht. Sprachwissenschaft und Ethnologie kennen seit Ende des 18. Jahrhunderts den Begriff «Semiten». Die moderne Rechtswissenschaft der Historischen Rechtsschule, die nach 1800 entsteht, versteht «Recht» im Vergleich mit «Sprache» als Produkt und Ausdruck des nationalen Volksgeistes. Das Recht ist, wie die Sprache, ein Kulturfaktor, den die Juristen in

die Judenemanzipation widerspiegelt sich ein Teil der Umwälzung sämtlicher Lebensbereiche, die sich mit dem Siegeszug des Industriekapitalismus und der ökonomischen Konjunktur in der Epoche des Hochliberalismus vollzieht, vgl. Grab (Anm. 28) 284.

³⁰ Battenberg (Anm. 27) II 146.

³¹ N. Hertzitz (Anm. 11) 236ff.

³² Der Anteil der Historischen Schule und namentlich der Schriften von Johann Gottlieb Fichte (Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die Französische Revolution [1793], Phil. Bibl. 282, 2. A. 1973, 115) und Jakob Friedrich Fries (Über die Gefährdung des Wohlstandes und Charakters der Deutschen durch die Juden, 1816) ist nicht zu unterschätzen, vgl. I. Belke, Zur Geschichte der Emanzipation und des Antisemitismus bis 1870, in: H. O. Horch/H. Denkler, Conditio Judaica I, 1988, 42f.

³³ Th. Nipperdey/R. Rürup, Antisemitismus, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, 1972, 137ff.; Rürup (Anm. 29) bezeichnet den Antisemitismus von 1880 etwas verharmlosend als eine angstgetriebene Protestideologie bürgerlicher Herkunft (146f.).

³⁴ Rürup/Nipperdey (Anm. 33) 139.

³⁵ Rürup/Nipperdey (Anm. 33) 129f. Der Begriff «Semiten» entstammt der theologisch-historischen Literatur des späten 18. Jahrhunderts; von da rezipierten ihn Sprachwissenschaft und Ethnologie, vgl. Timm (Anm. 21) 35.

einer funktional differenzierten Gesellschaft vertreten. Durch die Orientierung der Rechtswissenschaft an der Sprachwissenschaft und die Beteiligung von Rechtswissenschaftlern an tagespolitischen Diskussionen ist somit die Wortbildung durch Juristen erklärbar.

Mit Marr also beginnt die Geschichte des Antisemitismus, von dem wir im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus jeweils zu sprechen pflegen. Er versteht sich als Reaktion auf die Emanzipationsgesetzgebung von 1869 und somit als politischer Rassismus, der seine sozialpolitisch fundamentale Wesensverschiedenheit aufgrund biologischer Unterschiede konstruieren will. Nicht Integration,³⁶ sondern Ausschluß bis hin zur Vernichtung der Juden als Menschengruppe ist das Ziel. Hier ist Ambivalenz nicht mehr möglich, wie sie sich noch oft im Umfeld des zwischen 1792 und 1870 erschienenen Schrifttums äußert.³⁷ Deshalb sollte der Begriff des Antisemitismus für jene politische Haltung, wie sie sich nach 1880 äußert, mit Bedacht vorbehalten bleiben. Indes wird diese Unterscheidung nicht überall befolgt.

III. Bluntschlis Rechtsdenken in bezug auf rassistische und antisemitische Elemente

A. Der Grundzug

Wir betrachten nun anhand verschiedener Zitate aus Bluntschlis Schriften, die zwischen 1840 und 1880 erschienen sind, die Entwicklung seines Rechtsdenkens. Dabei haben wir uns die Wechselwirkung zwischen der individuellen Entwicklung von Bluntschlis Denken und der allgemeinen Entwicklung des Zeitgeistes vor Augen zu halten. Wir erkennen dabei insbesondere:

- Die Verfangenheit des Rechtsdenkens Bluntschlis in der zeitbedingten allgemeinen Geisteshaltung von Nationalismus, Judenantipathie und Rassenlehren sowie

³⁶ Gerade die sog. Taufpraxis, also die Christianisierung der Juden durch den Akt der Taufe, die auch nach der rechtlichen Gleichstellung als Akt der sozialen Integration vollzogen wird (einschränkend hierzu Rürup [Anm. 29] 220 N. 29), geht vom Integrationsgedanken aus. Antijüdisch eingestellte Autoren – wie Rotteck, Stahl und Wagner – sahen im Taufakt doch die reale gesellschaftliche Aufnahme des Juden.

³⁷ Ob deshalb zwischen einer früh-antisemitischen und eigentlich antisemitischen Stoßrichtung zu unterscheiden ist, ist strittig: Befürwortend Hertzitz (Anm. 11) Titel; Jochmann (Anm. 28) 8; verwerfend Belke (Anm. 32) 42f.

- den Anteil Bluntschlis an der Entwicklung rassistischer und antisemitischer Elemente, wobei
- Bluntschlis Entwicklung des Rassebegriffs besonders auffällt. Er faßt den Begriff zunächst in Anlehnung an die Historische Schule im Sinne der «anerzogenen Rasse» (Kulturrasse) auf und entwickelt daraus aufgrund der damals modernen Rassenlehren einen zusätzlichen Begriff der «angeborenen Rasse» (Erb- oder Blutrassen).

B. Bluntschlis Standpunkt Ende der fünfziger Jahre

Bluntschli setzt die Zäsur in der Entwicklung seines Gesamtwerkes mit der Sammelrezension «Zur Revision der staatlichen Grundbegriffe» im Jahre 1859.³⁸ Seither setzt er sich mit deutschen, französischen und englischen Rassentheoretikern auseinander. Darunter finden sich unter anderen die Werke von Joseph Arthur Comte de Gobineau, Karl Vollgraff und James Cowles Prichard. Ferner lassen sich Einflüsse von Carl Gustav Carus, Charles Darwin und namentlich von Friedrich Rohmer nachweisen,³⁹ dessen politische Psychologie für sein Rechtsdenken konstitutiv war.

In seiner Rezension von 1859 bespricht Bluntschli ausführlich die Neuerscheinungen von Gobineau⁴⁰ und Vollgraff.⁴¹ Er lehnt allerdings eine unkritische

³⁸ J. C. Bluntschli, Zur Revision der staatlichen Grundbegriffe, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859, 321–345 und 481–508, wiederveröffentlicht in: ders., Gesammelte Kleine Schriften, Bd. I, 1879, 287ff.

³⁹ Sie haben (mit Ausnahme Vollgraffs, dazu nachfolgend Anm. 41) ins Spätwerk Bluntschlis Eingang gefunden. Siehe: Allgemeine Statslehre, Bd. I, 5. A. 1875 (Carus 86; Prichard, Gobineau, Rohmer 90 Anm. 1–2); Politik als Wissenschaft, 1876 (Rohmer 93 Anm. *, 135; Darwin 103, Gobineau 123f.). Zu Rohmer gilt es anzumerken, daß sein Einfluß seit den «Psychologischen Studien über Staat und Kirche», 1844 (Vorwort VII) ununterbrochen besteht. Gemäß handschriftlich erstelltem «Katalog der Bibliothek des verstorbenen Herrn Geh. Rath's u. Prof. Dr. J. C. Bluntschli in Heidelberg» finden sich die einschlägigen Werke aber nicht im Nachlaß(?): Von Rohmer (A 1064) und Vollgraff (G 667) sind nur je ein und von Carus zwei (G 1448/9) in unserem Zusammenhang aber nicht interessierende Schriften verzeichnet (Zürich. Zentr. Bibl., Sig. DA 1172). Oben stehende Darstellung deckt sich weitgehend mit dem Ergebnis der Untersuchung von Geiger (Anm. 5).

⁴⁰ Gobineaus «Essai sur l'inégalité des races humaines» (4 Bde) erscheint zwischen 1853 und 1855. Zentraler Gedanke bildet die Analyse der verschiedenartigen Vermischungsformen von männlichen und weiblichen Rassen auf erblicher Grundlage, wobei männlich mit staatsgestaltend, weiblich mit künstlerisch gestaltend gleichgesetzt wird. Gobineau unterscheidet drei menschliche Rassen: die weiße, die gelbe und die schwarze. Diese Rassen sind geistig-seelisch ungleichwertig. Die weiße Rasse sei den andern weit überlegen, und innerhalb der weißen Rasse bildeten die Arier die Kerngruppe, wobei sich die arischen Germanen vor allen anderen als die kulturschöpferi-

Übernahme ihrer Rassebegriffe zur Klassifizierung der Völker ab. Er spricht sich hier noch eindeutig gegen einen Rassebegriff aus, der allein auf vererbare Faktoren abstellt.⁴² Doch er erachtet es als das besondere Verdienst der Autoren, auf den bisher vernachlässigten Rassebegriff aufmerksam gemacht zu haben. Entscheidender Gesichtspunkt sei, daß mit den Rassenlehren der Ansatz für ein neues staats-theoretisches Fundament gewonnen werde.⁴³ Seine Kritik richtet sich daher gegen die konkrete Konzeption dieser Lehren, weil er sie für verbesserungsbedürftig hält.

Dem Blutrassiebegriff Gobineaus stellt er noch einen dem Geiste der Historischen Schule entliehenen Begriff der Kulturrasse entgegen, weil er dadurch die Entstehung der Rassen besser zu erklären vermeint.⁴⁴ An Vollgraffs Klassifikationssystem stört er sich deshalb, weil das europäisch-arische Kulturvolk nur der dritten und nicht der vierten, also der obersten Klasse zugeordnet wird.⁴⁵

Es ist offensichtlich, daß Bluntschlis Denken für die Rezeption und Weiterentwicklung der Rassenlehren in diesem Zeitpunkt bereits disponiert ist. Betrachten

sche und für die Staatsführung begabteste Rasse auszeichneten: Conze (Anm. 18) 161ff. Bluntschli folgt dieser Rasseneinteilung, er ergänzt sie noch um eine vierte, die rote Rasse, vgl. Staatslehre (Anm. 39) 86–90; Politik (Anm. 39) 123f. Gerade weil er nicht die angeborene, sondern die anerzogene Eigenschaft als rassebestimmend betrachtet, ist es unter diesem Aspekt für Bluntschli um 1860 noch legitim (Anm. 38, 491), wenn der Staat zum Schutze der christlichen Ehe gegen gemischt-religiöse Verbindungen (= Christen mit Juden) Ehehindernisse aufstellt: ders., Privatrecht, 2. A. (1860) 412 einschließlich Anm.14.

⁴¹ Der Marburger Politikprofessor Vollgraff ist bei Erscheinen von «Erster Versuche einer wissenschaftlichen Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie, wie auch der Staats- und Rechtsphilosophie durch die Ethnologie, oder Nationalität der Völker», 1851–55, bereits ein bekannter früh-antisemitischer Schriftsteller, vgl. Belke (Anm. 32) 44. Sein System operiert mittels eines *numerus clausus* von Stufen, Klassen und Rassen. Es ordnet die Menschen aufgrund physiognomischer und zivilisatorischer Kriterien in vier Kategorien ein (Bd. II, 1853). Um die neuartigen sozialen Mechanismen und Gruppierungen innenpolitisch angemessen ausdrücken zu können, tritt im Vormärz immer häufiger der «Klassebegriff» auf: Wehler (Anm. 28) 559. Eine vergleichbare Funktion im außenpolitischen Verhältnis erfüllt der Rassebegriff als weltgeschichtlicher Schlüsselbegriff: Conze (Anm. 18, 161) mit Bezug auf Bluntschli 158. Bemerkenswerterweise synthetisiert Bluntschli selbst seinen politisch-psychologisch verstandenen und dem Vorstellungsbereich der Historischen Schule entnommenen Begriff der «Volksseele»/«Volksrasse» als nationalem Kriterium mit dem politisch-ökonomischen Begriff der «Collectivkraft» von Proudhon (Anm. 38, 482 mit Anm.*)! Zur Erweiterung dieses Aspekts bei Bluntschli vgl. Anm. 86 nachfolgend.

⁴² Bluntschli (Anm. 28) 486 (Vollgraff), 493f. (Gobineau).

⁴³ Ders. 483, was mit den einleitenden Worten zur Sammelrezension zu lesen ist, wo er von einer fundamentalen Erneuerung spricht (321), s. auch Anm. 49 nachfolgend.

⁴⁴ Ders. 491.

⁴⁵ Ders. 487f.

wir daher die Grundlagen seines frühen Rechtsdenkens zwischen 1840 bis Mitte der fünfziger Jahre noch eingehender.

C. Bluntschlis Rechtsdenken vor der Auseinandersetzung mit den neuen Rassenlehren

Wodurch zeichnet sich dieses Denken aus? Ich sehe drei Charakteristika:

- Das frühe Schrifttum Bluntschlis durchzieht die Klage um die Bedrohung des nationalen Staates und seines Rechts.

Schon in seinem ersten international bedeutenderen Werk «Die neuen Rechtsschulen» von 1841, das er Savigny und Eichhorn widmet, ist sein erklärtes wissenschaftliches Ziel, ein gemeindeutsches Recht als gemeinsames Gut aller deutschen Völkerschaften entsprechend einer einheitlichen deutschen Sprache zu bilden.⁴⁶ Denn in der herrschenden Mannigfaltigkeit, welche die deutsche Nation und ihr Recht auszeichne, bestehe die Gefahr von Verwirrung, Zerrissenheit und Verfall dessen, was die nationale Gemeinschaft ausmache.⁴⁷ Der deutsche Charakter sei daher wieder zu Ehren zu bringen, und für diesen *Kampf* bestehe nun auch ein eigenes wissenschaftliches Publikationsorgan.⁴⁸

Die Thematik der nationalen Bedrohung bleibt im Schrifttum Bluntschlis präsent. So heißt es 1855: «Endlich die Deutsche Nation? Im Mittelalter war sie an der Spitze der gesamten abendländischen Christenheit. Der deutsche König galt zugleich als der Erbe der römischen Weltherrschaft ... Die Einheit des Reiches ist in Stücke zerfallen, und die Nation hat sich selbst politisch und religiös gespalten. Am Ende des Mittelalters war die deutsche Nation, vormals die erste – zur letzten, zur niedrigsten in Europa geworden. So tief war ihr Fall, von dem sie sich nur mit Mühe nach und nach erholt.»⁴⁹

⁴⁶ Bluntschli, Die neueren Rechtsschulen, 1841, 36f.

⁴⁷ Ders. 35.

⁴⁸ Gemeint sein kann nur die 1815 von Savigny und Eichhorn begründete, in unregelmäßigen Abständen bis 1850 erscheinende «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» – in ideellem Sinne ein Vorläufer der heutigen Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Zitat ibid. 33 einschließlich Anm.*).

⁴⁹ Bluntschli, Über den Unterschied der mittelalterlichen und der modernen Staatsidee (Vortrag München 5.2.1855), 1855, 32f. – «Hat sie denn im Mittelalter ihre ganze Kraft aufgezehrt? Muß sie verzichten auf die große Aufgabe der modernen Zeit, nachdem sie die Lösung der mittelalterlichen ohne dauernden Erfolg versucht hat? Es ist besonders im jetzigen Moment schwer, die Hoffnung auf die politische Zukunft der deutschen Nation festzuhalten. Dennoch kann ich sie nicht aufgeben und finde in ihrer Geschichte wenigstens Einen Trost, an den sich die Hoffnung

- Die im Zitat angesprochene Verbindung von Christentum und Staat bildet beim frühen Bluntschli ein weiteres gewichtiges Charakteristikum.⁵⁰ Bluntschli rechnet mit einer Wiedergeburt des Christentums als Weltreligion. Daraus leitet er ab, der künftig christliche Staat werde ein Weltstaat sein, der alle Völker umfasse, so, wie dem Christentum der innere Anspruch einer absoluten Vorrangstellung gegenüber den anderen Religionen zukomme.⁵¹ Der religiöse Aspekt beim jungen Bluntschli ist eine zeitgemäße Vorstellung des politischen Romantizismus, wonach das 1806 aufgelöste «Reich» durch das Christentum wiedergewonnen werden könne.⁵² Dieser religiöse Aspekt entpuppt sich aber als Macht- und Herrschaftsanspruch eines nationalen Denkens und paßt von daher als Element ins Konzept der Rassentheorien.
- Bluntschli versteht den staatlichen Organismus aufgrund der politischen Psychologie von Friedrich Rohmer zudem hierarchisch und geschlechtsspezifisch. Mit Schaffung des Staates und Ausübung der Herrschaft über die Erde erfülle der Mensch einen Akt geistig-bewußter Herrschaft und somit auch eine göttli-

vertrauend anlehnen kann. Die deutsche Nation besinnt sich zwar langsam; aber sie besinnt sich auch tief. Sie hat wie keine andere der Wahrheit nachgeforscht bis auf den Grund ... Die deutsche Staatswissenschaft ist zur Stunde schon der Staatswissenschaft der übrigen Europäischen Völker ... überlegen» (34f.). – Bluntschli verlegt hier die ganze, politisch nicht realisierbare Vorstellung eines vereinigten Deutschlands in den Bereich «seiner» wissenschaftlichen Disziplin. In demselben Zusammenhang sind sodann die Einleitungsworte der Sammelrezension (Anm. 38, 321), es handle sich um eine fundamentale Erneuerung, zu verstehen.

⁵⁰ In dramatischer Schilderung streicht Bluntschli den Zerfall der deutschen Nation heraus: anstelle ihrer politischen und religiösen Weltherrschaft liege sie gedemütigt darnieder. Bis um 1850 vertraute Bluntschli offensichtlich noch auf die politische Regenerationskraft religiöser Reformation: «So ist das Christentum schon frühzeitig zu einem unzerstörlichen, fortwirkenden Lebenselemente des deutschen Rechts geworden. Läßt sich nicht an diese Betrachtung die Hoffnung knüpfen, daß die Wiederbelebung des deutschen Rechtes auch in der Zukunft zu einer vollkommeneren Harmonie zwischen dem religiösen Bewußtsein und den rechtlichen Ansichten des Volkes führen werde?» (Anm. 46, 41).

⁵¹ «Auch das Christentum hat den inneren Anspruch, zur Weltreligion zu werden und die ganze Menschheit zu umfassen. Wer den Glauben an das Christentum in sich fühlt, der weiß es, daß eine Zeit kommen wird, wo allen Völkern der Erde in allen Welttheilen dieses Licht leuchten, wo das Christentum die allgemeine Religion der Menschheit auch äußerlich sein wird ... », Bluntschli, «L'Etat c'est l'homme», 25, in: ders., *Psychologische Studien über Staat und Kirche*, 1844; vgl. auch die Fn. 50 zuvor sowie 86 nachfolgend. – Man halte Richard Wagners (s. Anm. 13 zuvor) szenisches Oratorium «Das Liebsmahl der Apostel» daneben, das 1843 im Sinne einer Massenveranstaltung uraufgeführt wurde, und begreife den hier wie dort geäußerten Missionsanspruch als ernstzunehmender Ausdruck des Selbstverständnisses der Zeit.

⁵² Damit huldigt Bluntschli dem politisch-religiösen Utopismus der Romantik (vgl. Senn, *Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft*, in: ZNR 10 [1988] 38 ff, s. Beitrag 20, S. 375, E.3.2.2) der sich hier mit dem Weltherrschaftsanspruch missionarisch und durchaus kämpferisch gebärdet, vgl. auch Anm. 68 nachfolgend.

che Aufgabe.⁵³ Zwar hat Gott gleichermaßen Mann und Weib erschaffen, doch der «Staat kann nun nicht Mann und Weib zugleich sein; denn sonst wäre er doch nicht das Bild des Menschen. Er muß entweder den Mann oder das Weib wieder bilden, denn der Mensch erscheint nur in dieser oder jener Gestalt. Schon der gereifte Instinkt der neueren Sprache leitet hier mit entschiedener Sicherheit auf das wahre Ziel. Sie faßt den Staat mit Recht als männlich auf. Wie der Staat das Bild des Menschen, so ist er zugleich das Bild des Mannes. Die Armuth der französischen Sprache, welche für Mensch und Mann ein doppelsinniges Wort hat, und beide zugleich denkt, den Mann als Mann und als Erscheinung des Menschen, hilft uns hier zum kürzesten Ausdruck: *L'Etat c'est l'homme*».⁵⁴ Das bleibt nicht momentaner Einfall, sondern hat Methode. 1855 rekapituliert er: «Der Staat ist die Menschheit als Mann und die Kirche ist die Menschheit als Frau».⁵⁵ Die geschlechtsspezifizierende Funktionalisierung spricht eine der wichtigsten Grundlagen des Staats- und Gesellschaftsverständnisses des 19. Jahrhunderts bewußt aus. Sie nimmt die Gobineau'sche Ansicht der geschlechtsspezifischen Teilung von gesellschaftlichen Funktionen vorweg und bleibt im Werk Bluntschlis konstant.⁵⁶

⁵³ Bluntschli, *L'Etat c'est l'homme* (Anm. 51) 30 in fine.

⁵⁴ Bluntschli (Anm. 51) 28f.

⁵⁵ Ders. (Anm. 49) 16.

⁵⁶ Es ist an dieser Stelle besonders auf die Ausführungen Bluntschlis «Die XVI Grundorgane des Staatskörpers», in: ders., *Psychologische Studien über Staat und Kirche*, 1844, 179–228, in: *Adaption von Friedrich Rohmers «Lehre von den politischen Parteien»* (hrsg. v. Th. Rohmer, 1844) hinzuweisen. Dazu Bluntschli ebd., Vorwort X Anm. *; ders., *Statslehre* (Anm. 39) 91 Anm. oben; ders., *Politik* (Anm. 39) 93 Anm. *; ferner: Rohmer, *Die sechzehn Grundkräfte*, o.D., wo sich die Terminologie und Schemata der Bluntschli'schen Lehre vorgezeichnet finden (mit Rückverweisung auf Bluntschlis Begriffsverwendung [16 Anm. *]). Zur allgemeinen Einschätzung dieser Lehre vgl. die Autoren in Anm. 8 zuvor. Die Schrift Bluntschlis beinhaltet folgende Aussagen: Die Gliederung des Staatskörpers entspricht der Gliederung des menschlichen Körpers in leibliche (äußere) und geistig-seelische Kräfte, die in jedem Glied bzw. Organ (von Gott her) innewohnen. Den Staat definiert Bluntschli als geistiges Reich. Geistigkeit, Kopflastigkeit und Männlichkeit werden in eins gesetzt (182). Die ersten beiden Kapitel stellen die männlichen, die zwei folgenden die weiblichen Eigenschaften von Mensch und Staat dar, die in einer Schlußübersicht (226f.) zusammen dargestellt werden. Der Mann zeichnet sich aus durch Verstand, Gedächtnis, Geruchssinn, Sprache, aktive Sinnlichkeit und Geschlechtssinn, das Weib durch Auge, Gehör (!), Phantasie, Combination(sgabe), passive Sinnlichkeit und Sentimentalität. Aufgrund dieser Veranlagungen lassen sich die staatlichen Funktionen entsprechend als weibliche Funktionen des Staats, das sind die kulturellen, logistischen und finanziellen Angelegenheiten, sowie als männliche Funktionen des Staats, das sind Regierung nach außen und innen und das Gerichtswesen, definieren. – Die männliche Eigenschaft «Geschlechtssinn» (oder Zeugungskraft) bezeichnet er als die «erhabenste gemüthliche Kraft» (= seelische Eigenschaft) des Menschen. In der Religion zeige sie sich in «der sich selbst hinopfernden göttlichen Liebe» und im «Staate aber, dessen geistige Natur nach der Sprache drängt, und dessen Wesen nicht das Opfer, sondern die Herrschaft ist, äußert

Die fortgesetzten Äußerungen einer nationalen Bedrohungslage, die Anmeldung völlig überzogener Macht- und Herrschaftsansprüche sowie die Vergeschlechtlichung des politischen und rechtlichen Denkens sind symptomatisch für ein rassistisches Denken.⁵⁷ Bluntschlis frühes Rechtsdenken ist daher prädisponiert für die Rezeption der modernen Rassentheorien.

Es fehlt hier lediglich noch ein Feindbild, an dem sich die Selbstwerdung des männlich-staatlichen Selbstverständnisses vollziehen kann. In diesem Kontext steht nun auch eine erste bedeutende Stellungnahme Bluntschlis zu den Juden.

sich diese Gemüthskraft in anderer Weise. ... Die Sprache herrscht mit dem Wort: der Geschlechtssinn unterwirft mit Gewalt» (199f.). Der Geschlechtssinn zeigt sich «ungestüm, gewaltig, durchgreifend, mit Macht durchdringend» (!), läßt sich mit den Beispielen von Krieg, obrigkeitlicher Gewalt und der Gewalt des Feldherrn veranschaulichen (200f.). Bluntschli verweist nun auf die Geschichte, die zeige, wie die Staaten *wirklich* entstanden seien, nämlich durch Krieg (und nicht durch Träume spekulierender Philosophen). «Auch die zeugende Kraft des Geschlechtssinns offenbart sich im Kriege. Der Krieg hat nicht bloß Staaten geschwächt und zerstört: er hat auch Staaten gereinigt, und geradezu neue Staaten ins Leben gerufen» (201). Der gerechte Krieg erweist sich aber nur als die «bisherige und noch rohe Form der Völkerrechtspflege» (202), schreibt Bluntschli 1843/44, und fährt 1866 (Die Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechts, 15f.) fort: «Was dem oberflächlichen Sinn nur als rohe Übermacht und als brutale Gewalt erscheint, das stellt sich der tieferen Erkenntnis in manchen Fällen als unwiderstehliche Nothwendigkeit der natürlichen Verhältnisse und als unaufhaltsamer Drang berechtigten Volkslebens dar, welches die abgestorbenen Formen des veralteten Rechts abstößt», und da sei «die Gewalt in Wahrheit nur der Geburtshelfer des natürlichen oder des werdenden Rechts» (16 Abs. 3), weshalb die tiefere Erkenntnis sei, daß die «Weltgeschichte doch nicht ein wüstes Durcheinander der entfesselten Leidenschaften und nicht das Ergebniss der rohen Gewaltübung» sei. Die tröstliche Wahrheit sei (um mit einem Dichterwort zu reden): «Die Weltgeschichte ist das Weltgericht» (15 Abs. 1). Die Konsequenz für den Erfolg der nationalen Staatenbildung lautet daher: «Die volle Geistes- und Charakterkraft, um einen nationalen Stat zu schaffen und zu erhalten, haben strenge genommen nur die Nationen, in welchen die männlichen Seeleneigenschaften überwiegen» (Die nationale Staatenbildung und der moderne deutsche Stat. Vortrag 1870, wiederveröffentlicht in Bd. II von «Gesammelte Kleine Schriften», 1881, 95). Es läßt sich also die Konsistenz des Gedankengangs in Bluntschlis Werk über mehr als zwei Jahrzehnte ohne weiteres verfolgen. Bluntschli läßt seine These «Der Stat ist der Mann» im Sinne einer Zusammenfassung der Ausführungen seines Traktats von 1843/44 – unter Auslassung der Thematik der quasi-ehelichen Beziehung zwischen Stat und Kirche, vgl. dazu auch sein Thesenpapier und seine Rede als Präsident des Deutschen Protestantenvereins (Der dritte Deutsche Protestantentag gehalten zu Bremen am 3. und 4. Juni 1868, 10–31) bzw. den publizierten Meinungsstreit zwischen ihm und dem Mainzer Bischof Ketteler (Freiheit und Kirchenregiment, 1871) – nochmals im Jahre 1879 in «Gesammelte Kleine Schriften», Bd. I, 260–286, redigiert erscheinen. In «Politik als Wissenschaft», dem 1876 neu verfaßten dritten Band seiner Staatslehre, aber findet sich die aller staatstheoretischen Denkbarenheiten letzte Klimax: «Der Eine Statswille ist die männliche Gestaltung des natürlichen Rassewillens in erhöhter Potenz» (sic! 119). Damit dürfte auch der innere Zusammenhang mit der Rassentheorie ebenso ein- wie ausdrücklich belegt sein.

⁵⁷ Mosse (Anm. 19) 10–14, 124; Miles, Rassismus (ebd.) 116–120; Becker (Anm. 1) Bd. II, 573–611.

Sie lautet: «Das Judentum ist eine Religion des Gesetzes, streng und fest, wie das Volk ihrer bedurfte, welches bestimmt war, den Glauben an den Einen Gott für die späteren Zeiten zu erhalten und dem Christenthume als Unterlage zu dienen».⁵⁸ Die Passage wirkt zunächst unaufdringlich. Doch sie ist zu hinterfragen. Ihr Aussagegehalt lautet: Die Juden dienen aus welthistorischer Perspektive eines mitteleuropäischen Christen im 19. Jahrhundert als «Unterlage».

Der Begriff «Unterlage» stammt aus der Lehre von Friedrich Rohmer, der ihn im Gegensatz zu «Eigenschaft» – bei Bluntschli ein Aspekt der Befähigung – verwendet.⁵⁹ «Unterlage» bezeichnet das «Nichts», aus dem alle «werdende Eigenschaft» erst entsteht.⁶⁰ Bei Bluntschli steht dieser Begriff einmal im vorerwähnten Kontext mit den Juden und (!) ein zweites Mal in adjektivischer Verwendung der geschlechtsspezifischen Darstellung staatlicher Funktionen, wonach den weiblichen Eigenschaften eben eine gesellschaftlich bloß «unterlägliche» Funktion zukomme.⁶¹

Bluntschli weist damit den Juden eine weltgeschichtlich religiöse Aufgabe – gemäß Zitat in der Vergangenheit⁶² – zu. Sie nehmen überdies eine gesellschaftlich weibliche, d.h. – im Sinne der geschlechtsspezifischen Differenzierung – eine gegenüber dem deutsch-christlichen Mann untergeordnete Position ein. Die Position wird durch die vorerwähnte Gleichsetzung von Mann–Staat und Weib–

⁵⁸ Bluntschli, Mohammed und sein Reich, in: ders., Psychologische Studien über Staat und Kirche, 1844, 124. Der Zusammenhang ergibt sich auch durch die den Text bestimmende Thematik der «höchsten gemüthlichen Kraft» der Liebe, nämlich des Opfertodes Christi als Akt der Zeugung (!) der Religion der Liebe (123) im Vergleich mit den Ausführungen in «Die XVI Grundorgane» (ebd. 199f., zuvor zit. in Anm. 56). Der Text wurde in «Gesammelte Kleine Schriften», Bd. II, 1881, 11–40 von Bluntschli wiederveröffentlicht und spricht also für die dem Text beizulegende Bedeutung.

⁵⁹ F. Rohmer, Anfang und Ende der Speculation, 1835, 14.

⁶⁰ Die beiden Begriffe stehen in einem dialektisch-ontologischen Verhältnis: «Die Eigenschaft kann nicht stattfinden ohne die Unterlage» (14). In der Welt gebe es somit nur diese zwei Kräfte: die Unterlage sei das «Nichts, so kann die Eigenschaft nur der Geist seyn», woraus Rohmer sogleich ableitet –, und dies ist im Kontext mit Bluntschlis Idee der Konstitution von Weltherrschaft und Wirklichkeit des Staates von zentraler Bedeutung: «... Die Welt ist also Entwicklung des Geistes aus dem Nichts» (22). Somit gilt im Kontext bei Bluntschli: Die jüdische Religion ist für die christliche Religion gleich dem Nichts gegenüber von Eigenschaft und Welt der arischen Gesinnung. Wer «unterlägliche» (s. Anm. nachfolgend) ist, ist funktionell zweitrangig, vgl. Anm. 67 nachfolgend.

⁶¹ So Bluntschli, Die XVI Grundorgane (Anm. 56) 207–209 in der Beschreibung der weiblichen Eigenschaft von passiver Sinnlichkeit und Staatswirtschaft, weil sie (Ausfluß der Rohmer'schen Dialektik von Materie und Geist, s. Anm. 60 zuvor) die materiellste, am meisten dienende und daher (!) niedrigste sei.

⁶² Zu beachten ist die Zeitform «bestimmt war»; vgl. auch nachfolgend Anm. 67.

Kirche noch verstärkt. Die Juden sind zwar deshalb nicht das Feindbild, das für die nationale Zersplitterung verantwortlich ist, doch erfüllen sie offensichtlich eine bloß zudienende Funktion als weiblich und religiös bestimmte Gegengruppe in der nationalen Selbstfindung Deutschlands. Diesen Ansatz des frühen Rechtsdenkens Bluntschlis gilt es mit Blick auf die Feststellungen im Zusammenhang mit der Rezeption der Rassenlehren ebenfalls im Auge zu behalten.

D. Bluntschlis werkimmanente Umsetzung und populärwissenschaftliche Vermittlung der Rassentheorien

1. Die Konstellation: Arier versus Semiten

Soweit das Rechtsdenken Bluntschlis *vor* der Auseinandersetzung mit den Rassenlehren Ende der fünfziger Jahre. Verfolgen wir nun den *weiteren* Verlauf der Entwicklung des Rechtsdenkens Bluntschlis insbesondere anhand einiger seiner Artikel aus dem von ihm auch herausgegebenen Staatswörterbuch, das jahrzehntelang eines der meist benutzten politisch-juristischen Nachschlagwerke war. Ich stelle hier auf die zweite und verkürzte Auflage in drei Bänden ab,⁶³ die zwischen 1869 und 1872 erschienen ist. Die Zitate entnehme ich den Artikeln: «Arische Völker», «Christenthum», «Juden» sowie «Rasse» und «Individuum».

Im Artikel «Arische Völker»⁶⁴ zeigt sich eine erste Auswirkung der Rezeption der Gobineau'schen Rassenlehre. Bluntschli teilt, wie Gobineau, die Menschen-

⁶³ Deutsches Staatswörterbuch, hrsg. v. J. C. Bluntschli und K. Brater, 11 Bde., 1857–70, dazu: Kleinheyer/Schröder (Anm. 9) 45. Ob die hier angesprochene Popularität des Staatswörterbuchs (wie sie namentlich von R. Stintzing/E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 3 [= III/2, Text], 1910 [2. ND 1978], 555 vertreten wurde) mit der tatsächlichen Auflagezahl übereinstimmt, ist für die Zeit der unmittelbaren Konkurrenz mit der dritten Auflage des «Staatslexikon» von Rotteck/Welcker (1856/66) eher zu bezweifeln. Die auf nur drei Bände verkürzte Ausgabe des Staatswörterbuchs, die ab 1865 ins Auge gefaßt wurde, sollte daher «für Staatsbeamte und weitere Kreise der Gebildeten» konzipiert werden (Fassbender-Ilge, zuvor Anm. 4, 100f.). Deshalb stellte ich auf die publikumswirksam ausgerichtete Ausgabe ab, zumal sie den Ursprungstext in verdichteter Form enthält. Die Ausgabe in 3 Bden. erschien zwischen 1869 und 1872 und wurde von Edgar Löning, den Bluntschli hierfür aussuchte, bearbeitet.

⁶⁴ Bluntschli hat seinen im Deutschen Staatswörterbuch 1857 veröffentlichten Beitrag unter dem Titel «Arische Völker und arische Rechte» im ersten Band von «Gesammelte Kleine Schriften», 1879, wiederveröffentlicht; auch unter diesem Gesichtspunkt erhalten seine Ausführungen besonderes Gewicht.

rassen in weiße, gelbe und schwarze ein.⁶⁵ Die weiße Rasse unterteilt er weiter in Arier und Semiten. Fortan bilden Arier und Semiten ein Gegensatzpaar.⁶⁶

Bluntschli zufolge haben beide Kulturvölker für die Entwicklung der Menschheit Bedeutendes geleistet, die Semiten – wir erinnern uns in diesem Zusammenhang seines frühen Schrifttums – auf dem historischen Gebiet der Religion, die Arier dagegen auf vier aktuellen Gebieten: Wissenschaft, Kunst, Technik und Staat.⁶⁷ Die Leistung der Juden gehört aus weltgeschichtlicher Perspektive – und um die geht es hier allein – der Vergangenheit an, die Arier aber nehmen gleich vier zukunftssträchtige und staatstragende Funktionen für die Menschheit wahr.⁶⁸ Das

⁶⁵ Vgl. Anm. 40 zuvor.

⁶⁶ Die Unterscheidung Arier-Semiten beruht zunächst auf der Unterscheidung der drei Weltreligionen (Mohammed [Anm. 58] 123f.) und wird im Zusammenhang mit der Rezeption der Rassenlehren (Revision [Anm. 38] 487f.) und mit dem Arier-Artikel (Anm. 64 zuvor) eingeführt. Sie wird im Sinn der Abgrenzung «Deutsche-Juden» verwendet. So auch ders., Arische Völker, in: Bluntschli's Staatswörterbuch, hrsg. v. E. Löning, Bd. I, 1869, 130 (Abs. 2 Beginn). Die Begründung ist folgende: Die «weiße Rasse» teilt sich in Arier und Semiten (Statslehre I Anm. 39) 89. Arier sind u.a. Germanen (Politik [Anm. 39] 97, 160), diese (zuerst) Deutsche (ebd.) 165. Semiten sind in erster Linie die Juden (vgl. Artikel «Juden», in: Bluntschli's Staatswörterbuch, Bd. II, 1871, 306). Davon zu unterscheiden sind Bezeichnungen, wie: die Juden seien auch Deutsche, handelt es sich hier doch um die Ebene der rechtsstaatlich-nationalen Argumentation (Bsp. ebd. 309 Abs. 2). Vgl. auch Anm. 68 nachfolgend.

⁶⁷ «Die weiße Menschenrasse hat zwei Stämme, den arischen und den semitischen. Beide haben für die Entwicklung der Menschheit das Bedeutendste geleistet; der arische mehr auf dem Gebiet der Wissenschaft, der Kunst, der Technik, des Staats, der semitische mehr auf dem Gebiet der Religion. An männlichem Geist und Charakter ist der arische Stamm dem semitischen überlegen, wie an Zahl. Unzweifelhaft kommt ihm die größte Verbreitung auf der Erde und die Herrschaft der Welt zu» (Arische Völker (Anm. 66) 130 Abs. 2; vgl. Anm. 86 nachfolgend). «Die europäisch-amerikanische Civilisation und Staatenbildung ist wesentlich von arischem Geist und Charakter erfüllt» (ebd. Abs. 1). «Der arische Geist ist berufen, auf dem Wege des Selbstbewußtseins und des Denkens, in Form der Erkenntnis die grossen Räthsel des Lebens zu lösen, während der semitische Geist berufen war, zum gläubigen Träger der religiösen Offenbarungen zu dienen» (ebd. Abs. 6 in fine). Ich hebe im letzten Zitat zwei Punkte besonders hervor: der arische Geist wirkt in Gegenwart und Zukunft («ist berufen») und löst künftige Probleme, der semitische dagegen wirkt in der Vergangenheit («war berufen») und «diente» im Sinn der «unterläglichen» Funktion, weil er ja nicht-arisch und somit nicht-männlich sondern eben weiblich ist (vgl. Anm. 58–61 zuvor).

⁶⁸ «Fassen wir diese Betrachtung in einem Schlußsatze zusammen: der arische Geist, von der Schöpfung her am reichsten ausgestattet und zu höchster menschlicher Selbständigkeit berufen, hat die Bestimmung, die Menschheit mit seinen Rechts- und Staatsideen zu erleuchten und die Herrschaft der Welt, die bereits in die Hände der arischen Völker gelegt ist, in menschlich-bewußter und menschlich-edler Weise zu übernehmen und durchzuführen, indem er die ganze übrige Menschheit zur Civilisation erzieht. Die Geschichte hat der arischen Völkerfamilie diese Aufgabe gesetzt, und mit der Pflicht zu ihrer Erfüllung auch das Recht dazu verliehen» (Arische Völker und arische Rechte [Anm. 64] 90). Daneben ist noch der Text aus Bluntschli's «Charakter und Geist der politischen Parteien, 1869» (ND 1970) im Sinn der Ausführungen in Anm. 66 sowie Anm. 56 am Ende zuvor zu lesen: «Die deutsche Nation war und ist weltgeschichtlich berufen, die Welt von der ab-

arische Volk nimmt funktional den Vorrang ein. Es charakterisiert sich entsprechend durch «unterwerfen», «beherrschen», «erobern», «besetzen»,⁶⁹ also unverkennbar durch jene Eigenschaften, die Bluntschli als die männlichen Fähigkeiten zur Staatsbildung bereits in den vierziger Jahren ansprach und seither vertritt.⁷⁰

Welches spezifische Bild zeichnet nun Bluntschli von den Juden am Vorabend ihrer staatlichen Emanzipation? Der Artikel zum Stichwort «Juden» ist ein kaum zu übertreffendes Beispiel ambivalenter Argumentation. Aus rechtsstaatlichen Überlegungen tritt Bluntschli zwar für die Emanzipation der Juden ein: Denn im modernen Staat könne den Juden weder aus religiösen noch nationalen Gegensätzen ein rechtsbedeutsamer Vorbehalt entgegengesetzt werden. Beide Differenzierungen gehörten dem Mittelalter an.⁷¹ Er durchlöchert aber sämtliche Argumente, die aus rechtsstaatlichem Blickwinkel für ihre Emanzipation sprechen, durch befremdliche Einwendungen.

Dabei setzt er das Problem unter den einschlägigen Aspekten des früh-antisemitischen Schrifttums, nämlich der Religion, Nationalität, Wirtschafts- und Kulturinteressen auseinander.

2. Die «Nationalität» als politische und anthropologische Kategorie

Unter dem Aspekt der «Nationalität» lesen wir: «Allerdings ist die semitische Rasse der Juden heute noch wie vor tausend und zweitausend Jahren unverkenn-

soluten Herrschaft Roms zu befreien und der persönlichen Freiheit der Einzelnen und der Völker, welche von Rom früher statlich später kirchlich niedergedrückt ward, Luft und Licht zu ihrem Wachstum zu verschaffen. Dieser Lebensaufgabe der deutschen Nation arbeitet die ultramontane Partei in blindem Eifer entgegen. Ihre Sünde ist die Sünde gegen den heiligen Geist, welcher die Menschheit bewegt» (38), denn: «Wenn der Ultramontanismus fordert, daß der Staat von der Religion bestimmt und von der Kirche beherrscht und geleitet werde, so ist diese Forderung eher jüdisch-theokratisch als christlich» (ebd. 30). Auch wenn diese Aussage auf Stahl zu beziehen ist (ebd. 57ff.), so ist sie, weil hier im Kontext beziehungslos verwendet, allgemein zu verstehen. Sie diskreditiert die Juden und ihre Religion.

⁶⁹ Bluntschli, *Arische Völker* (Anm. 66) 129.

⁷⁰ Vgl. Anm. 56 zuvor.

⁷¹ «Der neuere weltliche Staat, der die Bekenntnisfreiheit als ein Menschenrecht schützt und das Privatrecht wie das öffentliche Recht nach Rechts- und Staatsgründen, nicht nach religiösen Dogmen und kirchlichen Motiven bemisst und ordnet, hat keinen Grund, ausnahmsweise die Juden anders zu behandeln, als er Katholiken und Protestanten und christliche Sektierer und alle die behandelt, welche aus philosophischen Gründen oder aus Indifferenz mit dem christlichen Glauben zerfallen sind. In der jüdischen Religion ist Nichts, was deren Bekenner hindert, als ehrbare Bürger zu leben und die öffentlichen Pflichten zu erfüllen» (Juden [Anm. 66] 307 Abs. 7, 308 Abs. 1). «Wo aber die Pflichten dieselben sind, da darf die Gleichheit der Rechte nicht vorenthalten werden» (309 Abs. 3 in fine).

bar, in ihrem Körper und in ihrer Haltung ausgedrückt, und noch immer wird dieser Rassegegensatz von den arischen Germanen und Romanen im Verkehr mit den Juden als etwas Fremdartiges vielfältig empfunden. Gegenwärtig noch wirkt derselbe sehr oft als ein Hinderniß näherer Berührung und Gemeinschaft, und mancherlei Abstoßung und Gehässigkeit findet in dieser Verschiedenheit des Bluts und der Rasse ihre Erklärung».⁷² Aufgrund eben dieser rassendifferenten Betrachtung, wie sie in Europa auch andernorts vorkomme, könne eine rechtliche Ungleichbehandlung der Juden aber nicht mehr begründet werden.⁷³ Das sei gerade «der Fortschritt der humanen Rechtskultur, daß sie Herr geworden ist über alle diese Leidenschaften und im Rechte wenigstens einigt und verbindet, was das Leben mannigfaltig spaltet und entzweit».⁷⁴ Bluntschli begründet den Standpunkt folglich positivistisch aufgrund der Dichotomie von Recht und Leben. Das führt zwar zu einem fortschrittlichen Ergebnis auf der Argumentationsebene des Rechts, doch wird dadurch das Problem der Rassenantipathie auf politischer Ebene nicht gelöst, was er auch unverhohlen ausdrückt.

Seine Schrift zur «Politik» verdeutlicht diese Zweischneidigkeit. Die streng gezogene Grenze zugunsten des Rechts läßt sich auf politischer Ebene je nach Zeitgeist verwischen. Denn das politische Geschäft verlangt Realitätssinn und Pragmatismus, Zeitströmungen richtig einzuschätzen und die erforderlichen Kompromisse einzugehen; Philosophie und abstrakte Prinzipien der Gleichheit taugen hierfür gerade nicht.⁷⁵ Der beschworene «Fortschritt der humanen Rechtskultur», der die Rassenantipathie zu zügeln vermag, steht jedoch auf abstrakt ideeller Basis einer rechtsstaatlichen Gleichheit und somit auf wackligen Füßen. Juristisch besteht zwar kein Unterschied zwischen Juden (Semiten) und Deutschen (germanischen Ariern), doch beruht die anti-jüdische Haltung im Volke auf einer objektiven, nämlich biologischen Differenz der Rassen, die Bluntschli ausführlich und mehrfach thematisiert. Dieser rassemäßige Gegensatz ist konkret und seit «zweitausend Jahren» unverwischbar. Er hat praktische und sozialpolitische Bedeutung. Die politische Klugheit verlangt vom Staatsmann, diese tatsächliche Zeiterscheinung⁷⁶ daher ernst zu nehmen.

⁷² Ders. 309 Abs. 2.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ Bluntschli, Politik (Anm. 39) 140–144 mit Blick auf 120; Vgl. auch die Argumentation von Mohls (s. Anm. 12 zuvor).

⁷⁶ Vgl. «Gegenwärtig ... sehr oft ... Hindernis der Berührung und Gemeinschaft ... », « ... Fremdartiges vielfältig empfunden» (Juden [Anm. 66] 309 Abs. 2).

3. Die Einführung des Rassebegriffs unter den Aspekten von Religion und Wirtschaft

Bluntschli bezeichnet also sowohl den nationalen⁷⁷ als auch den konfessionellen Gegensatz als überholt. Daraus lasse sich im modernen Rechtsstaat keine rechtsbedeutsame Ungleichbehandlung mehr ableiten.⁷⁸ Bei beiden Positionen versucht Bluntschli, den antisemitischen Einwendungen zu begegnen. Doch führt er in diesem Zusammenhang nur den Rassebegriff als objektives Unterscheidungskriterium ein. Darnach bestehen erbbedingte Unterschiede, denen eine sozialpolitisch aktuelle Relevanz zukommt. Dieses Vorgehen Bluntschlis erweckt den Eindruck des taktischen Verhaltens und somit der ambivalenten Argumentation, was sich am Thema des konfessionellen Gegensatzes sogleich verdeutlichen lässt.

Bluntschli bezeichnet das bisherige, also mittelalterliche Recht, welches nur auf das religiöse Bekenntnis und somit auch auf das äußerlich feststellbare Zeichen der Taufe abstelle, als untauglich, um eine rechtsbedeutsame Ungleichheit zu begründen. Die Zwangstaufe, die bis ins 19. Jahrhundert zur religiösen, sozialen und rechtlichen Integration der Juden geübt wird, erweise sich als unbrauchbar, denn sie schaffe nur unechte Verhältnisse. «Wenn ein Jude das Christenthum annimmt, wenn gleich noch so äußerlich und noch so heuchlerisch, so wird er sofort den christlichen Gemeinde- und Staatsbürgern in allen Rechtsverhältnissen völlig gleichgestellt, obwohl er den orientalischen Stempel der jüdischen Rasse auch nachher noch auf seinem Gesichte trägt ... ».⁷⁹ Und weiter: «Die Taufe allein wäscht dieses Merkmal weg und damit ändert sich das Recht. Der getaufte Jude ist juristisch kein Jude mehr».⁸⁰ Deutlicher lässt es sich nicht sagen: Unter rassemäßigem Aspekt bleibt Jude eben Jude. «Die Rasse verbindet die Genossen zu einer nothwendigen Gemeinschaft. Wer sich dieser Gemeinschaft entziehen will, empört sich wider die Natur und bricht die Treue, die er seiner Gattung schuldig ist».⁸¹

Soweit Bluntschli auf den rassemäßigen, nämlich physiognomischen Unterschied mit deutlich negativer Besetzung abstellt, wiederholt er selbst nur modische

⁷⁷ Ders. (Anm. 66) 308 Abs. 5.

⁷⁸ Ders. 307 Abs. 6 und 7.

⁷⁹ Bluntschli, Juden (Anm. 66) 307 Abs. 6.

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ders., Rasse und Individuum, in: Bluntschli's Staatswörterbuch, Bd. III, 1872, 229 sp. 1 Ziff. 8. Man vergleiche auch die Ausführungen auf S. 230 zu Rasse und Rechtsordnung, die den Äußerungen im Dritten Buch (1. [insb. 120] und 2. Kapitel) seiner «Politik» (Anm. 39) entsprechen.

Vokabeln des früh-antisemitischen Schrifttums.⁸² Die Äußerung steht mit der bereits erwähnten Feststellung im Einklang: Die semitische Rasse sei seit zweitausend Jahren in Körper, Haltung, Blut und Physiognomie gegenüber den Ariern unverkennbar verschieden, was bei den Ariern noch heute die Empfindung von Abstoßung und Berührungsangst verursache. Auch wenn das Recht in gesellschaftlicher Hinsicht den Rassegegensatz abstrakt einebnet, wird dadurch die rassemäßig begründete Einstellung aber nicht getilgt. Im Gegenteil, sie erhält zufolge der positivistischen Trennung des Rechts vom Leben⁸³ und der Einführung des (biologisch eingefärbten) Rassebegriffs tatsächlich einen neuen argumentativen Boden.

Die Einführung des Rassebegriffs unter wirtschaftlichem Aspekt macht das Vorgehen offensichtlich. Hier überlebt nicht nur die traditionell antijüdische Behauptung vom gewinnsüchtigen Charakter der Juden, sondern Bluntschli widerspricht implizit seiner eigenen Argumentation, wonach der konfessionelle Gegensatz irrelevant sei, indem er die angebliche Charaktereigenschaft einerseits als rassemäßig bedingt, wenn auch durch die Wirtschaftspolitik des Mittelalters geschärft, hinstellt und sie andererseits mit der religiösen Kategorie der «Erbsünde» vergleicht. «Die jüdische Volksart hatte von den Erzvätern ihres Stammes her eine Vorliebe für den Schacher und für den Geschäftsgewinn geerbt ... Die Lebensweise, zu welcher im Mittelalter die Juden genöthigt waren, mußte diese alte Naturanlage der jüdischen Rasse, die wie eine Erbsünde fortgepflanzt und durch die Erziehung fortgepflegt wurde, vollends nach allen Richtungen hin ausbilden.⁸⁴ Folglich sind die einstweilen als unbedeutend bezeichneten Gegensätze von «Nation» und «Konfession» unter dem Aspekt des gewinnsüchtigen Charakters und der rassemäßigen Veranlagung doch wahr, ja sie werden mit dem Begriff der «Erbsünde» argumentativ hinübergerettet.⁸⁵ Die Argumente betreffend die vererbte Gewinnsucht und den Schachergeist treten unter Rückverweisung auf den «Arier»-Artikel zudem in auffällige Konkurrenz zu der dort getroffenen Feststellung, wonach «die mächtigsten Völker der Erde von arischer Rasse durchweg Christen sind und daß sie Europa und Amerika fast ausschließlich beherrschen.

⁸² Hortzitz (Anm. 11) 150–153, 255–269. Ein zeitgenössisches Zitat zum Vergleich: «Mehrtausendjährige Abschließung und Inzucht haben die durchgreifende Herrschaft des Racentypus befestigt und die Denkweise zu einem Theile desselben gemacht. Jüdisches Blut und jüdischer Sinn sind untrennbar geworden, und wir müssen das Judenthum nicht allein als Religion und Kirche, sondern auch als den Ausdruck einer Racen-Eigenthümlichkeit auffassen» (zit. 268); vgl. H. Naudh [d.i. H. G. Nordmann], Die Juden und der deutsche Staat, 1861, 20f.

⁸³ Vgl. Anm. 74.

⁸⁴ Bluntschli, Juden (Anm. 66) 310 Abs. 1.

⁸⁵ Vgl. auch das «Sünde-Motiv» im Zitat Anm. 68.

(Vgl. Art. Arier.) Der Welthandel und die Weltmacht ist bei den christlichen Völkern!». ⁸⁶ Die Argumentation, mit der Bluntschli den konfessionellen und nationalen Vorbehalten in der Streitfrage um die Judenemanzipation Einhalt gebieten wollte, wird hier also überrollt. Die rassentheoretischen und früh-antisemitischen Denkansätze, mit denen Bluntschli konfrontiert ist, werden entgegen dem ersten Anschein nicht entkräftet, sondern im Ergebnis sogar bestätigt.

4. Die doppelte Bedeutung des Rassebegriffs bei Bluntschli

Bluntschli vertieft den Gedankengang im öffentlichen Vortrag aus dem Jahre 1870 zum Thema: «Die nationale Staatenbildung und der moderne deutsche Staat». ⁸⁷ Die Juden werden unter religiösem (und somit einem irrelevanten) Gesichtspunkt voll in die deutsche Nation integriert; die nationale Gemeinschaft wird (im Sinne der Kategorien der Historischen Schule) als Gefühls- und Geistesgemeinschaft begriffen. Und nun präzisiert Bluntschli seine andernorts bereits verdeutlichten Ansichten auch im vorliegenden Zusammenhang: «Aber die Nation ist doch erst dann geboren, wenn diese seelische Gemeinschaft in dem leiblichen Dasein dauernde Wirkungen hervorgebracht, wenn sie auch die gemeinsame Erscheinung, gleichsam die Physiognomie der Massen bestimmt hat; und sie wird nur wirksam in der rassenmäßigen Fortpflanzung vorerst durch das Blut, sodann durch die Erziehung». ⁸⁸ Daher heißen wir «Nation die erblich gewordene Geistes-, Gemüts- und Rassegemeinschaft von Menschenmassen der verschiedenen Berufszweige und Gesellschaftsschichten ... ». ⁸⁹ Der Begriff der Nation übernimmt hier in der Umschreibung als identitätsstiftendem Element ⁹⁰ der «kul-

⁸⁶ Bluntschli, Christenthum, in: Bluntschli's Staatswörterbuch, Bd. I, 1869, 419 Abs. 2. Die beschworene Modernität des Rechts ist genau in diesem Zusammenhang zu sehen, daß die effektive, also die wirtschaftliche Weltmacht (vgl. zuvor Anm. 41 in fine, 51, 68) gefestigt ist, die beklagte Identitätskrise (vgl. zuvor Anm. 49, 50, 57) behoben und aus dieser unbestreitbar gewordenen Position (des wiedererlangten Machtgefühls) heraus nun die gesellschaftlichen Rollen neu verteilt werden können. (Man beachte im folgenden Text das Verb «gewähren».) Die unter dem Einfluß des Christentumes erfolgte Humanisierung des Rechts verbiete selbst eine theokratische bzw. religiös-kirchliche Begründung des Rechts. «Der moderne Staat ist daher kein exklusiv-christlicher mehr, er gewährt auch den Juden und ebenso den sogenannten Freidenkern ... alle staatsbürgerlichen und öffentlichen Rechte» (ebd. Abs. 4).

⁸⁷ Bluntschli, Die nationale Staatenbildung und moderne deutsche Stat (öffentlicher Vortrag 1870), in: «Gesammelte Kleine Schriften», Bd. II, 1881, 70–113.

⁸⁸ Bluntschli (Anm. 87) 81.

⁸⁹ Ders. 84.

⁹⁰ Eine typische Konstruktion nach dem Muster des «Freund-Feind»-Denkens im politischen Umfeld der positivistischen Rechtsbildung (N. Luhmann, Interesse und Interessenjurisprudenz im

turverwandten Stammesgenossen» die Funktion des Begriffs der «anerzogenen Kulturrasse».⁹¹ In diesem Kontext wird der Begriff der Kulturrasse durch den Begriff der Blut- oder Erb-Rasse im Sinne Gobineaus also ergänzt bzw. verdoppelt. Der traditionelle Begriff der Kulturrasse, wie ihn Bluntschli bisher in Anlehnung an die Historische Schule verwendete, wird dem neuen rassentheoretischen Begriff bedeutungsmäßig sogar nachgestellt.

5. Zwischen Rechtsstaat und Rasse

Der moderne, rechtsstaatliche Begriff von «Recht», den Bluntschli als Kulturfaktor im Emanzipationsprozeß der Juden besonders hervorhebt, dringt somit nicht wirklich gegen die erblichen Faktoren von Blut und Physiognomie durch. Die Assimilation der Juden erfolgt nur juristisch, allenfalls, soweit sich die Juden mit der nationalen deutschen Kultur vollständig identifizieren, auch in sozialer Hinsicht.⁹² Die Erbfaktoren jedoch bleiben ein natürliches, weil anthropologisches und biologisches Hindernis, wenn nicht über Jahrtausende, so doch über Generationen hinweg, solange jedenfalls, bis die «seelische Gemeinschaft in dem leiblichen Dasein dauernde Wirkungen» auch tatsächlich hervorbringt, wovon die jüdischen Zeitgenossen Bluntschlis allerdings noch weit entfernt sind. Im frühantisemitischen Jargon heißt das aber: Jude bleibt Jude.⁹³

Die Haltung Bluntschlis spricht ebenso für einen liberalen Standpunkt als Staatsrechtler wie für den rassentheoretischen Standpunkt des Wissenschaftlers. In den siebziger Jahren verfaßt Bluntschli einen dritten Band zu seiner Staatslehre: «Politik als Wissenschaft». Die Wissenschaftlichkeit seiner Politik beruht auf anthropologischen und psychologischen Anschauungen der Zeit um 1860, die sich im Begriff der «Rasse» aufgrund der damals aktuellen Rassentheorien verdichten.⁹⁴

Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 12 (1990) 1ff., 9ff.).

⁹¹ Bluntschli (Anm. 87) 84, vgl. ders. (Anm. 81) 231 Abs. 2 und «Statslehre» (Anm. 39) 91 oben, wo das Muster «Rasse gleich ursprünglicher Natur- und sodann entwickelter Kulturbegriff» definiert wird. In seiner «Statslehre», Bd. I (Anm. 39) 92 wird der kulturelle und organisatorische Prozeß der Nationen- und Staatenbildung beschrieben, und in «Politik» (Anm. 39) 113f., 127 die Differenzierung «angeborene» und «anerzogene» Rasse mit Blick auf die Aufgabe des Staates nochmals umschrieben.

⁹² Ders. Juden (Anm. 66) 309 Abs. 3.

⁹³ Hertzitz (Anm. 11) 265 mit mehrfachen Belegen.

⁹⁴ Bluntschli, Politik (Anm. 39) 3. Buch. Zur Rassentheorie Bluntschlis neuerdings Geiger (Anm. 5). In diesem Zusammenhang ist m.E. besonders auch auf einen ausdrucksmäßigen Stilwechsel des Dritten Kapitels über «Die Natur und die Macht des Zeitgeistes» hinzuweisen. Bluntschli zu Recht viel gerühmte klare Ausdrucksweise, seine Fähigkeit, sich bildhaft breiteren Kreisen ver-

Die Rasse sei – so Bluntschli⁹⁵ – für die Staatsbildung und -führung unabdingbar. Denn sie sei die äußerlich wahrnehmbare Bedingung des menschlichen Lebens, welche die Rechtsordnung einzig zu erfassen und zu regeln vermöge. Sie werde vererbt, wachse organisch, und mit ihr entwickle sich auch die Rechtsordnung. Der Rassewille sei daher die Grundbedingung des Staats. Denn «in der Rasse ist Gleichheit, Gemeinschaft, Einheit; das sind auch die Eigenschaften des Stats und Rechts».⁹⁶ Auf der Grundlage der biologisch fundierten und kulturell formbaren Rasse beruht somit die «Lehre vom modernen Staat» des späten Bluntschli.⁹⁷

E. Die Erfüllung der nationalpolitischen Ambitionen Bluntschlis durch die Reichsgründung 1871 und ihre Rückwirkung auf seine Wissenschaftskonzeption

Vor dem Hintergrund der politischen Entwicklung, insbesondere der Reichsgründung von 1871 und des Inkrafttretens des Emanzipationsgesetzes, erfährt die bisherige Stellung der Juden im Werk Bluntschlis eine bemerkenswerte Korrektur.

Bislang wurde das Gegensatzpaar Arier-Semiten nach dem bekanntem Muster abgehandelt: Die Juden nehmen gegenüber den Deutschen eine subsidiäre Funktion im politischen Prozeß ein. Sofern sie sich völlig assimilieren, kommen ihnen im modernen Rechtsstaat zwar dieselben Rechte und Pflichten zu wie den übrigen Deutschen. Doch ist auch klar: «Für den Stat aber sind sie weniger begabt. Dagegen nimmt für die politische Geschichte und die Rechtsbildung hin-

ständiglich zu machen, wird hier eingenebelt. Die Umschreibung des «Zeitgeistes» als eines ebenso geheimnisvollen (132) Fluidums («wie die Luft, die der Mensch athmet, er theilt sich mit von Mensch zu Mensch, wie die Wärme von Körper zu Körper») oder einer unberechenbaren Epidemie (132f.) bleibt diffus. Er assoziiert Klischees, schafft Spannungen. Dieser Stil ist alles andere als wissenschaftlich. Nach sieben solch kaleidoskopartiger Seiten scheint er eine Definition jener «Hauptursache» (131) liefern zu wollen, nämlich: Dieser «Zeitgeist» sei «das psychologische Gesetz geordneter Wandlung» (138), eine Erklärung freilich, die vom Ausgangspunkt her schon zu erwarten war. Denn im Zentrum der Erörterungen seiner Schrift steht die Frage: Wie macht der kluge Staatsmann gute Politik (94, 104, 111ff., 122, 127, 137–141), wobei die Fragestellung mit dem Rassebegriff und den daraus sich ergebenden Problemen (im Sinne des eben erwähnten Zeitgeistes) aufs engste zusammenhängt (160, 164). Den klugen Staatsmann zeichnet daher bei seiner Suche nach tragfähigen Kompromissen aus: «politisches Denken [das] ... voraus psychologisches Denken» ist (94). Ebenmaß dieser Fähigkeit ist die liberale Politik, die durch das Kriterium der Männlichkeit (s. Anm. 56 zuvor) näher bestimmt ist (139–145).

⁹⁵ Ders. 120f.

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ Ders. 114f.

wieder die arische Völkerfamilie, deren Sprache auch die formen- und gedankenreichste ist, den obersten Rang ein, und diese hat voraus in Europa ihre wahre Heimat gefunden und da ihren männlichen Statsgeist zur Reife entfaltet. Darauf ist das Recht dieser europäisch-arischen Völker begründet, die übrigen Völker der Erde mit ihren Ideen und ihren Institutionen politisch zu leiten und so die Organisierung der Menschheit zu vollziehen».⁹⁸ In der «Politik als Wissenschaft» spielen die Juden nicht mehr *das* Gegensatzpaar zu den Ariern. Sie sind zwar noch eine von sieben nicht-arischen Völkerstämmen, die «sämmtlich nur eine untergeordnete Bedeutung für die europäische Politik» haben,⁹⁹ sie zeichnen sich jedoch durch Betriebsamkeit und Geschick aus, leiten die Geldgeschäfte, den Handel und neuerdings (!) die Presse.¹⁰⁰ Sie sind jedoch, wenn auch nicht rassenmäßig, ein national integrierter Bestandteil.

Das hat Grund. Die Lage der Nation hat sich seit der Reichsgründung verändert. Das in den vierziger Jahren angestrebte national-politische Ziel ist erreicht: Das «deutsche Reich ... (ist) nun wieder eine europäische Groszmacht ersten Ranges, deren Hauptstat das Königreich Preuzen die frühere preuzische Groszmachtstellung zu der höheren und mächtigeren deutschen Groszmacht gesteigert hat, aber ohne Anspruch auf universelle Weltherrschaft, ohne überseeische Colonien, aber mit Welthandel. Das deutsche Reich hat den Ehrgeiz, ein moderner Stat in vollem Sinne des Wortes zu sein, und mit gewaltiger Heeres- und Königsmacht volle Volksfreiheit und insbesondere auch individuelle Geistesfreiheit zu schützen».¹⁰¹

Vor dieser veränderten politischen und wirtschaftlichen Lage wird verständlich, daß sich der bisher staats- und sozialpolitisch bedeutungsvolle Gegensatz zwischen Arier und Semiten weitgehend auflöst. Die «unterlägliche» Funktion der Juden ist für die Entwicklung des nationalen Selbstverständnisses der germanischen Arier nicht mehr vonnöten.¹⁰² Das deutsche Reich ist wieder eine europäische Großmacht wie im Mittelalter. Heeres- und Königsmacht, die männlichen Eigenschaften zur Staatserhaltung *par excellence*, sind funktionstüchtig.

Damit schließt sich auch der Kreis der Thematik. Der Ursprungsgedanke von 1841, die Ehre der von Verwirrung, Zerfall und Zerrissenheit bedrohten deutschen Nation, ihr Recht und ihre ehemalige politische Bedeutung wiederherzu-

⁹⁸ Bluntschli, Statslehre I (Anm. 39) 89f.; vgl. Anm. 58, 66ff. zuvor.

⁹⁹ Ders, Politik (Anm. 39) 161.

¹⁰⁰ Ders. 160.

¹⁰¹ Ders. 165.

¹⁰² Vgl. zuvor Anm. 49ff., 66ff.

stellen, ist in Erfüllung gegangen.¹⁰³ Inwieweit der damals angekündigte wissenschaftliche Kampf Bluntschlis konkret dazu beitrug,¹⁰⁴ läßt sich zwar nicht genau feststellen, aber seine Verdienste in dieser Hinsicht stehen doch allgemein außer Zweifel.¹⁰⁵

IV. Die Beurteilung der Argumentation Bluntschlis in bezug auf Rassismus und Antisemitismus

A. In bezug auf den Vorwurf des Rassismus

Bluntschlis politisch und wissenschaftlich motivierende Sorge während rund fünfunddreißig Jahren ist es, dem Zerfall der deutschen Nation entgegenzuwirken und an der Wiederbelebung ihrer ehemaligen politischen Bedeutung für Europa mitzuwirken. Bluntschlis Denken richtet sich insbesondere auf eine politische und wirtschaftliche Vorherrschaft Deutschlands.

Als Wissenschaftler entwickelt er hierzu Ansichten mit politischem Aussagegehalt. Sie bilden Elemente seiner rechtsbedeutsamen Äußerungen. Diese Elemente charakterisieren sich positiv als «männliche» und vor 1860 auch als «christliche», hernach als «arisch-deutsche» Eigenschaften, deren Abgrenzungskriterien «weibliche» und «semitische» Eigenschaften sind. In der Zeitspanne zwischen 1841 und 1876 läßt sich folgende Entwicklung seines Rechtsdenkens in bezug auf unseren Untersuchungsgegenstand beschreiben: Unter den Einflüssen der Historischen Schule und einer zunächst christlich-missionarischen Religionsauffassung läßt sich bei Bluntschli eine kulturell und religiös bestimmte Auffassung von der «anerbzogenen Rasse» ausmachen, die sich unter dem seit Ende der fünfziger Jahre festzustellenden Einfluß der modernen Rassentheorien, namentlich Gobineaus, zu einem biologisch und ethnologisch geprägten Begriff der «angeborenen Rasse» entwickelt und sich in seinen rechtspolitischen Spätschriften auch niederschlägt. Beide Begriffe stehen nun gleichwertig nebeneinander. Mit der deutschen Reichsgründung von 1871 und der Judenemanzipation von 1869 tritt die argumentative Funktion des Gegensatzpaares Arier-Semiten sodann zu-

¹⁰³ Vgl. Text zu Anm. 46–52.

¹⁰⁴ Vgl. Text zu Anm. 48.

¹⁰⁵ Stintzing/Landsberg III (Anm. 63) 554f.; s. die Würdigung Holtzendorffs (Anm. 8) 25ff.; H. Schulze, Rede, in: Am Sarge des Herrn Geheimrath Professor Dr. Joh. Kaspar Bluntschli, 1881, 36f.

rück. Der biologisch fundierte Rassegegensatz aber bleibt als objektives Unterscheidungskriterium bestehen.

Bluntschlis Äußerungen stehen im Zusammenhang mit der Charakterisierung einer für die Staatsbildung und -leitung befähigten nationalen Elite, welche zur Durchsetzung einer hegemonistischen Position Deutschlands in Europa fähig ist. Bluntschli zufolge ist die Rasse der arischen Germanen hierfür prädestiniert. Der Vorzug der arischen Art liege im «männlichen» Prinzip. Die Kombination von Arier und Mann erweist sich mit Blick auf die kluge Staatsführung als erfolgversprechend. Bluntschli stellt den Zusammenhang zwischen männlicher Geschlechtlichkeit und Befähigung zur politischen Herrschaft ausdrücklich selber her, und er vermittelt diesen Zusammenhang mit dem Begriff der Kultur- und Erbrasse. Diese Ansichten erfüllen im Industriezeitalter freilich eine nicht zu unterschätzende Funktion: Die Eigenschaften des männlich geprägten Kulturtypus, wie Bluntschli und seine Zeitgenossen ihn verstehen, erweisen sich als Legitimations- und Aktivierungspotentiale für die deutsche Nation zur Erreichung hochgesteckter politischer und ökonomischer Ambitionen nach Auflösung des Reiches im Jahre 1806.

Wir haben gesehen: Rassistisch denkt, wer aufgrund von Kriterien, die als objektiv angesehen werden, Ausgrenzungen in hierarchischer Stufung regelmäßig, also im Sinn einer politisch motivierten Ideologie, vornimmt. Bluntschli denkt und schreibt entsprechend, wie die Zitate belegen. Er bildet und verwendet Begriffe der Kultur- und Blutrasse in Anlehnung an die Historische Schule und die damals modernen Rassenlehren, namentlich Gobineaus. Bei Bluntschli zeigt sich, daß und wie sich rassistische Ansichten mit nationalpolitischem Machtstreben verschränken. Sein Rechtsdenken kann daher ohne weiteres als «rassistisch» bezeichnet werden.

B. In bezug auf den Vorwurf des Antisemitismus

Die Beurteilung der früh-antisemitischen Gesinnung erweist sich indes als heikler. In bezug auf die (deutschen) Juden äußert sich Bluntschli jedenfalls mehrfach ambivalent. Verstehen wir unter «Antisemitismus» eine Einstellung, die gegen die bürgerliche Gleichstellung (Emanzipation) der Juden gerichtet ist, so können wir Bluntschlis Rechtsdenken als nicht-antisemitisch qualifizieren. Denn Bluntschli hat sich für die Emanzipation der Juden aus rechtsstaatlichen Überlegungen stark gemacht.

Zweifel nähren sich allerdings im Vergleich zur landläufigen Beurteilung anderer Zeitgenossen, in unserem Kontext namentlich im Vergleich mit dem bedeutenden Staatsrechtstheoretiker Friedrich Julius Stahl, der ein politischer und wissenschaftlicher Konkurrent Bluntschlis war.

Stahl ist selbst Jude und zum reformierten Christentum konvertiert. Er tritt in seiner Schrift «Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judentum» (1847) für einen Staat auf christlicher Grundlage ein. Nur aus diesem Grund versagt er den Juden die politische Gleichstellung. Deshalb gilt er außerhalb der Rechtswissenschaft als Frühantisemit.¹⁰⁶ Stahls Ansichten erscheinen immerhin noch nachvollziehbar: Als Konvertit ist er um klare und konsequente politische und/oder religiöse Haltung bemüht. Indessen finden sich in Stahls Schrift trotz einiger Kritik keine gehässigen Worte gegen die Juden als Rasse im Sinne des früh-antisemitischen Jargons.¹⁰⁷

Die Beurteilung der Frage, ob ein Verhalten als «antisemitisch» bezeichnet werden kann, hängt also mit der Definition des Begriffs «Antisemitismus» aufs engste zusammen. Die klassische Begriffsbestimmung selbst beruht auf der Dichotomie von Leben und Recht, wie sie Bluntschli auch anspricht. Sie ist positivistisch, insofern sie sich lediglich auf das Kriterium der Zustimmung zur oder Ablehnung der staatspolitischen Gleichstellung der Juden ausrichtet. Andere Gesichtspunkte des sozialen, konkret zwischenmenschlichen Verhaltens fallen damit außer Betracht. Diese Begriffsbestimmung erweist sich gerade im vorliegenden Fall aber als problematisch.

Es liegt mir ebenso fern, über Bluntschli den Stab zu brechen, wie Stahl zu rehabilitieren. Doch wenn Stahl wegen seines religionsideologischen Motivs als Frühantisemit zu betrachten ist, so kann Bluntschli meines Erachtens derselbe Vorwurf, auch wenn er die Judenemanzipation bejahte, nicht erspart bleiben. Denn sein Rechtsdenken ist dem früh-antisemitischen Zeitgeist in mehreren Gesichtspunkten verhaftet. Wir haben zur Genüge seine rassemäßigen Differenzierungen zwischen Deutschen und Juden zur Kenntnis nehmen müssen, die deutlich auf eine sozial- und kulturpolitische Diffamierung der Juden hinauslaufen oder doch im Jargon der Zeit mit vergleichbaren Vorstellungen spielen und daher mit der Sympathie einer latent antijüdischen Einstellung der Leserschaft rechnen. Oder sollte sich ambivalentes Argumentieren, wie es Bluntschli demonstriert, am Ende auszahlen?

¹⁰⁶ Hartzitz (Anm. 11) 10; vgl. ferner Anm. 11 zuvor.

¹⁰⁷ Stahl (Anm. 11) 41f. und dazu Hartzitz (Anm. 11) 237f.

C. Fazit

Abschließend halte ich fest, daß:

- sich in Bluntschlis Schriften seit Ende der 1850er Jahre eindeutig und mehrfach rassentheoretische und rassistische Elemente im Sinne des damaligen Zeitgeistes nachweisen lassen,
- Bluntschli in rechtlicher Hinsicht für die bürgerliche Gleichberechtigung der Juden zwar eintritt,
- Bluntschli aber die Juden im Vergleich mit den arisch-stämmigen Deutschen für kulturell und biologisch wesentlich ungleichwertige Menschen hält. Es ist daher eine Frage der Definition des Begriffs «Antisemitismus», ob solche Äußerungen als antisemitisch zu qualifizieren sind oder nicht.

Insgesamt ergibt sich, daß sich bei Bluntschli und einigen Zeitgenossen Elemente rassistischen und früh-antisemitischen Denkens nachweisen lassen, welche die rechtsgeschichtliche Disziplin bislang nicht wahrgenommen hat. Auch wenn diesen Elementen noch nicht jene verheerende Bedeutung zuzumessen ist, wie dies im Gefolge der Entwicklung von Eugenik und Rassenhygiene des Rechtsdenkens unseres Jahrhunderts der Fall ist, so ist doch deren Kontinuität zu erkennen, wozu sie eine Vorstufe bilden. Sie kommen erstmals in den Lehrbüchern, Nachschlagewerken und Standardwerken der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts vor. Aufgrund der wirkungsgeschichtlichen Bedeutung ihrer Autoren, namentlich Bluntschlis, tragen sie dadurch auch zur Popularisierung rassistischer und antisemitischer Denkhaltungen unter den Juristen und Akademikern allgemein bei.

Spinoza und die Diskursethik*

Inhaltsübersicht

I.	Spinoza	329
A.	Das Zentrum in Spinozas Werk	329
1.	Die Abhandlung vom Staat (TP)	329
2.	Der Theologisch-Politische Traktat (TTP)	330
3.	Die Ethik nach geometrischer Darstellung (E)	331
B.	Der Mensch zwischen Vernunft und Affekt	332
C.	Die Thematik der Selbsterhaltung und Selbstzerstörung in der Rechtsgemeinschaft und das Naturgesetz der subjektiven Präferenz	334
D.	Die Transformation von Ethik und Politik ins positive Recht	336
II.	Diskursethik	337
A.	Renaissance der Ethik	337
B.	Apels Transformation der Transzendental-Philosophie als Grundlage der Diskursethik	338
C.	Habermas' Konzeption der Diskursethik	341
1.	Die Theorie des kommunikativen Handelns	341
2.	Die Diskurstheorie des Rechts und des Rechtsstaats	342
III.	Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen beider Systeme	344
A.	Die monistische und dualistische Struktur des Vernunftbegriffs	345
1.	Die historisch defizitäre Selbstrekonstruktion der Diskursethik	345
2.	Die Dichotomie von Monismus und Dualismus	346
3.	Die verdeckt monistische Perspektive und die rationalistisch Eindimensionalität der Diskursethik	348

* Erstpublikation in: Spinoza und die Diskursethik, in: Studia Spinozana 9 (1993). Spinoza and Modernity: Ethic and Politics, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1995, 297–331. Neufassung eines Vortrags, gehalten anlässlich einer «Arbeitstagung der Spinoza-Gesellschaft» (Ltg. Manfred Walther/Wolfgang Bartuschat/Helmut Seidel) in Hannover-Bergkirchen am 11. Juni 1993 sowie vor dem «Forum für rechtshistorische Sozialwissenschaften» (Ltg. Michele Luminati/Hermann Romer) in der «Alten Juristischen Bibliothek» der Forschungsstelle für Rechtsgeschichte an der Universität Zürich am 13. Mai 1993. – Für Anregungen danke ich Christoph Kurth, Zürich, der dasselbe Thema in meinem rechtshistorischen Seminar «Recht und Politik bei Spinoza und seinen Zeitgenossen» in Wislikofen (Kt. Aargau) vom 10.–12. Mai 1993 bearbeitete und selbstständig zu einigen vergleichbaren Ergebnissen gelangte.

B. Konsens und Koordination auf institutionalisierter Grundlage	351
1. Der Institutionalisierungsgedanke	351
2. Die Verfahrensregeln	353
IV. Ergebnis	354
V. Bibliographie	355

Im Folgenden versuche ich, Bedeutung und Funktion von (A) Spinozas Philosophie für die Gegenwart im Vergleich mit der (B) Diskursethik von Jürgen Habermas darzulegen. Aufgrund dieses Vergleichs sollen die (C) Leistungsfähigkeit und -grenze beider Systeme deutlicher erkannt werden. Es handelt sich um subjektive Schwerpunktsetzungen.

Spinozas Denken gehört zwar dem 17. Jh. an. Insofern ist es ein historisches Phänomen, dessen Problemgehalt einer abgestorbenen Lebensschicht zuzurechnen ist. Insoweit es uns aber immer noch zu interessieren vermag, zeichnet es sich durch ein Aktualisierungspotential aus, das einen Brückenschlag zwischen Vergangenheit und Gegenwart ermöglicht. Vergangenes und Gegenwärtiges lassen sich somit vergleichend betrachten (Senn 1993: 72–76).

Auch Spinoza hat das Aktualisierungspotenzial der Denksysteme von *Plato*, *Macchiavelli*, *Descartes* und *Hobbes* genutzt. Seit der Goethezeit und dem Deutschen Idealismus häufen sich umgekehrt die Aktualisierungsversuche in bezug auf das Denken Spinozas (Walther 1992). Spinoza hat liberalistische, neukantianische, marxistische, psychoanalytische und lebensphilosophische Denkansätze inspiriert (Senn 1991: 15–18). Seit den fünfziger Jahren unseres Jahrhunderts finden sich überdies Ansätze zur Reaktualisierung vor allem bei Vertretern aus Frankreich, deren politisches Bewußtsein durch die Auseinandersetzungen mit dem Existenzialismus und Marxismus der Nachkriegszeit besonders angeregt wurde (Matheron 1969). In der Bundesrepublik Deutschland vertreten nach 1970 *Konrad Hecker* (Hecker 1975) und *Klaus Hammacher* (Hammacher 1979) eine gesellschaftsbewußte Rezeption Spinozas. Hammacher interpretiert die Idee des kosmischen Geisterreiches als idealkommunistische Gesellschaft, Hecker übersetzt die Philosophie Spinozas im Sinne einer gesellschaftspolitischen Reflexion des 17. Jahrhunderts. In Italien setzt *Antonio Negri* mit seiner Interpretation der wilden Anomalie ein Stück Utopie marxistisch-humanistischer Provenienz im Werke Spinozas frei (Negri 1981). Dagegen vergleicht neuerdings der Amerikaner *Den Uyl* den Spinozismus mit liberalen Ansätzen der Gegenwart (Den Uyl 1985).

Von dieser Warte aus gesehen ist es ein kleiner Schritt, die Spur zu einer der wirkungsgeschichtlich bedeutenderen Gegenwartsströmungen aufzunehmen. Reflektieren wir im Sinne einer Zwischenbetrachtung darauf, was das Aktualisierungspotenzial für uns heute ausmacht, so stehen zwei Aspekte im Vordergrund: 1. Ein konsequent durchdachtes System der Ethik und Politik, das sich a) als letztbegründet erweist und b) eine pragmatische Theorie der politischen Praxis darstellt sowie c) sich in eine positive Rechtsordnung transformieren lässt; 2. Das Denken Spinozas steht ideengeschichtlich betrachtet am Beginn der neuzeitlichen Legitimation des Territorialstaates und seiner rechtlichen Institutionen und ist infolge eines weitestgehenden Rezeptionsdefizits noch unverbraucht (Senn 1994a: 321–324).

I. Spinoza

A. Das Zentrum in Spinozas Werk

Ethik und Politik bilden das Zentrum von Baruch de Spinozas Denken. Das lässt sich unschwer aufgrund seiner Hauptwerke erkennen, die zwischen 1670 und 1677 entstanden sind: Der *Theologisch-Politische Traktat*, die *Ethik nach geometrischer Methode* und die *Abhandlung vom Staat*. Sie bilden eine (auch nach der aristotelischen Tradition) thematische Einheit, die bei der Interpretation zu beachten ist.

1. Die Abhandlung vom Staat (TP)

Die *Abhandlung vom Staat* baut ausdrücklich auf den beiden vorangegangenen Werken auf (TP 2/1). Sie ist eine Theorie der politischen Praxis in praktischer Absicht (TP 1/4). Sie zeigt, wie eine Gesellschaft nach den drei (aristotelischen) Verfassungstypen der Monarchie, Aristokratie und Demokratie einzurichten ist, um Friede und Freiheit der Bürger zu wahren (TP Praef+5/2). Das Ziel ist der Bestand des Staatswesens auf Dauer, das Mittel hierzu ist die Institutionalisierung der staatspolitischen Verwaltung (TP 1/6), die durch Trennung von öffentlichen und privaten Angelegenheiten erreicht wird (Walther 1990a: 12–17+1990b: 260–266). Der *politische Traktat* ist somit auf den (damals) modernen westeuropäischen Territorialstaat des 17. Jh. zugeschnitten.

Die erkenntnistheoretischen, ethischen, politischen und ideengeschichtlichen Grundlagen dieses Institutionalisierungsprogramms, das Spinoza in der *Abhandlung vom Staat* entwickelt, hat er in den beiden vorangehenden Werken, der Ethik und dem *Theologisch-Politischen Traktat* erarbeitet.

2. Der Theologisch-Politische Traktat (TTP)

Spinoza umschreibt das Programm der drei Werke im 4. Kap. des TTP. Dort bezeichnet er *König Salomo* als vorbildlichen Mann, dessen Ansicht sich mit der seinigen bestmöglich decke (TTP 4: 67+2: 41). Salomo spreche jenes Wissen aus, das die wahre Ethik und Politik im Kern enthalte, nämlich: 1. Unser Wissen gehe alleine aus der Idee oder Erkenntnis Gottes, des unbedingt unendlichen Wesens, hervor und vervollkomme sich dadurch; 2. Dieses Wissen bringe Ruhe und Glück, weil es nicht von äußeren Umständen, sondern von der inneren Tüchtigkeit abhängt, weshalb die Weisen friedlich und beständig, die Gottlosen dagegen affektgetrieben und wankelmütig seien. Mit anderen Worten: Die richtige Erkenntnis verbürge auch die richtige Lebensweise und diese bringe inneren und äußeren Frieden (TTP 4:68).

Der *Hauptzweck* des TTP ist, die Disziplinen der Theologie und Philosophie voneinander zu trennen und die individuelle Gedankenfreiheit des Andersdenkenden (die *libertas philosophandi*) gegenüber religiös-dogmatischen Kollektivvorstellungen (Glauben) abzusichern (TTP 14: 174+Praef: 12). Der Religion (Frömmigkeit) wird ihr Platz in Gesellschaft und Staat für den Fall zugesichert, daß sie sich auf die Hauptlehre der Schrift – die Gottes- und Nächstenliebe – konzentriert (TTP 12: 165). Denn sie findet ihre gesellschaftliche Legitimation darin, die Menschen auf den richtigen Weg zu führen, weil nur wenige Menschen nach der Vernunftkenntnis zu leben imstande sind, aber alle Menschen immerhin gehorchen können (TTP 15: 184/5). Theologie und Schrift bedürfen keines strikten Beweises im Sinne des Rationalismus (TTP 15: 187). Kriterium der durch *Glauben* geleiteten Lebenspraxis bilden nicht die besten Argumente (also die religiöse Dogmatik), sondern alleine die konkreten Werke der Gerechtigkeit und Liebe (TTP 14: 179+Praef 11). Insofern steht die Religion (Frömmigkeit) gleichwertig neben der Philosophie (individuelle Gedankenfreiheit) mit Blick auf das politisch zentrale Anliegen der Gesellschaft: die Friedenssicherung (TTP Motto). Spinoza konkretisiert die gesellschaftspolitische Bedeutung der individuellen Gedankenfreiheit mit Blick auf die Stadt Amsterdam *vor* 1672.¹ Die von Spinoza in den Kap. 1–15 durchgeführte Autonomisierung der Philosophie gegenüber der Theologie findet ihre staatspolitische Transformation in den folgenden Kap. 16–20. *Die natürliche wird nunmehr in die staatliche Freiheit überführt*. Die grundlegenden Ausführungen hierzu finden sich in Kap. 16, während die Ausführungen zum Zweck des Staats in Kap. 20 aufgezeichnet sind.

¹ TTP 20: 245/6; siehe aber für die Zeit *nach* 1672: TP 9/14 [3].

3. Die Ethik nach geometrischer Darstellung (E)

Gegenüber den beiden staatspolitischen Abhandlungen wird die *Ethik* Spinozas (vor allem in der philosophischen Disziplin) oft in den Vordergrund gestellt oder sogar losgelöst von den beiden politischen Traktaten betrachtet. Mit Rücksicht auf das im 4. Kap. des TTP formulierte Programm und die im 4. Teil der *Ethik* dargelegten Gedanken zur staatlichen Gemeinschaft wäre diese Vorgehensweise falsch. Die *Ethik* schafft erst die erkenntnistheoretischen und psychologischen Voraussetzungen der politischen Theorie. Sie bildet das *ontologische Fundament der politischen Theorie* Spinozas.²

Die *Ethik* Spinozas gliedert sich in fünf Teile: Die Teile 1 und 2 sowie die zweite Hälfte des 5. Teils erörtern die *kognitiven*, die Teile 3–5 (bis 5P20S) erörtern die *affektiven* Grundlagen der *Existenz*. Das zentrale Anliegen der spinozistischen Ethik ist die Existenz, nicht die Essenz (E 1 Def1+Def7+1P11; E 3P6+P10D; E 5P24+P29). In diesem Sinne ist zu präzisieren, daß es sich um eine Ontologie der Existenz handelt. Die Ontologie Spinozas hat methodologischen Charakter (E 2P10S2). Alles abstrakt-allgemeine Sein wird in konkret-individuelles Dasein hineingezogen (E 5P24; E 1P25). Mit Bezug auf die zweite Hälfte des fünften Teils läßt sich zusammenfassend sagen: In der nicht mehr hinterfragbaren, *intuitiven* Erkenntnis, daß sich alle Substanz nur in der Kategorie der Existenz ausdrückt, wird die konkret-individuelle Existenz essentiell (E 5P42). Auf dieser kognitiven Grundlage läßt sich die Steuerung der menschlichen Affekte entwickeln und mit Blick auf die staatliche Gemeinschaft institutionalisieren.³ Entscheidend für das Verständnis der Ethik Spinozas ist sodann die Einsicht, dass die Freiheit des Individuums für die staatliche Gemeinschaft konsequent zu entwickelt ist.⁴ Die Friedensgemeinschaft der Menschen beruht auf der individuellen Zufriedenheit im Sinne einer ethischen Tugend. Das ist die programmatische Aussage der Ethik. Die *Ethik* Spinozas führt also zur *Politik* zurück.⁵

² Bartuschat, Kap. II–V und VII; Stempel, Kap. III; Bidney, Part. III (pp. 372–438) mit Ausführungen zu Freud, Moore, Urban, James-Lange, Dewey.

³ E 4 P4C; E 4P7 sowie mit Bezug auf den Staat E 4P35–40; E 5P1+P20S.

⁴ Zur funktionalen Relevanz der menschlichen Freiheit: E 4P66–73 (insb. E 4P68 in Verbindung mit P18S).

⁵ TTP Motto (mit Zitat aus dem 1. Brief Johannes' Kap. 4/13).

B. Der Mensch zwischen Vernunft und Affekt

Die Verbindung von Ethik und Politik in Spinozas Werk dient der zweifachen Sicherung: Einmal der Existenz des Individuums in der Gesellschaft (auf der Grundlage der Ethik) und das andere Mal der Existenz des Individuums im Staat (auf der Grundlage der Politik). Die Übertragung der natürlichen (ethischen) in die staatliche Existenzsicherung folgt dem normativen Aspekt der Freiheit (auf der Grundlage der *libertas philosophandi*). Das Spannungsfeld zwischen Absicherung und Freiheit auf der gesellschaftlichen und staatlichen Ebene stellt einen Teilaspekt des Problemfeldes von Freiheit und Notwendigkeit dar, wie die *Natur* dem Menschen als *animal sociale* die existenzialen Rahmenbedingungen vorgibt (TP 2/15[2]). Die Thematik ist somit eine ideengeschichtliche, wie sie seit der spätmittelalterlichen Scholastik auseinandergesetzt und wie sie unter deren Prämissen auch noch durch die zeitgenössische gesellschafts- und staatstheoretische Diskussion des 17. Jh. (auf der Grundlage einer säkularisierten Erkenntnistheorie) geführt wird.⁶ Spinoza betrachtet, wie seine Zeitgenossen, den Menschen als ein *animal sociale* zwischen naturhafter Triebhaftigkeit und intellektueller Tugendhaftigkeit. Die Problematik des freien Willens scheidet aber insofern aus, als sich der Begriff der Freiheit entweder der Affektbedingtheit leidenschaftlicher Willkür *oder* der Erkenntnisfähigkeit des Verstandes begrifflich unterordnen läßt (E Praef 3–5).

Die Behauptung im TTP 4: 68, richtige Erkenntnis verbürge auch richtige Lebensweise, läßt sich nun dahingehend präzisieren: Die Handlungspraxis folgt der Handlungstheorie auf kognitiver Grundlage. Dies ist der Standpunkt des ethischen Intellektualisten, wonach Theorie und Praxis unter der Bedingung des richtigen Vernunftgebrauchs identisch sind, und insofern ist Spinozas Vernunftbegriff monistisch.

Von diesem *objektiven* Vernunftbegriff des Monismus, wie er der Ethik Spinozas erkenntnistheoretisch vorausliegt, läßt sich im Feld der Politik ein *subjektiver*, d.h. willensmässig bestimmbarer Vernunftbegriff unterscheiden. Dieser voluntaristische Vernunftbegriff ist pragmatisch und konsensual bestimmt. Auf seiner Grundlage läßt sich nämlich die Übereinstimmung von Willensäußerungen der Gesellschaftsmitglieder begründen (E 4P37S1+2; TTP 16: 194). Die Unterscheidung ist modaler Art: Auf der erkenntnistheoretischen Ebene läßt sich die Gewißheit einer Einsicht im Bereiche der Naturnotwendigkeit gewinnen, wie sie jeder vernünftigen Person grundsätzlich möglich ist, auf der sprachpragmatischen

⁶ Welzel: 89–113; Kondylis 1986: Kap. 2+4; Walther 1994; Balibar 1985.

Ebene dagegen lassen sich Gewißheiten im Sinn einer für alle Gesellschaftsmitglieder verbindlichen Handlungskoordination finden.

Aufgrund dieser Unterscheidung im Vernunftbegriff läßt sich ohne weiteres einsehen, daß zwischen Ethik und Politik eine Divergenz insofern entstehen kann (nicht muß), als die Erkenntnisfähigkeit der Gesellschaftsmitglieder *ungleich* ist, was nach Spinoza allerdings der Regelfall ist. Zwar handelt *jeder* nach seiner natürlichen intellektuellen Fähigkeit, indes kann eine Gesellschaft nicht auf dieser Grundlage ent- und bestehen. Die sinnvolle Handlungskoordination bleibt ungewiß. Denn die Menschen unterscheiden sich nicht nur aufgrund ihrer natürlichen Voraussetzungen der Erkenntnistüchtigkeit, sondern auch und im besonderen durch ihre unterschiedliche Affektbedingtheit (Triebstärke) und durch die Tatsache der unterschiedlichen Fähigkeit, sich selbst im Zaume zu halten, d.h. die affektbedingten (leidenschaftlichen, willkürlichen) Sprech- und Handlungsmöglichkeiten aufgrund der objektiv und allgemeinverbindlich anleitenden Vernunftkenntnisse zu kontrollieren und zu disziplinieren. Deshalb legt (bereits der frühe) Spinoza auf Bildung und Erziehung ein Schwergewicht (TTP 5: 75/77; TIE Adm §§ 14–15), um die Grundlagen der Erkenntnis und damit der Handlungskoordination im Sinne des ethischen Intellektualismus zu bessern.

Um eine gleichmässige Handlungskoordination unter den Menschen zu erzielen, um berechnete Erwartungshaltungen vor Enttäuschungen abzusichern und um die soziale Ordnung zu stabilisieren, bedarf es daher ergänzend eines *ethisch* motivierten Affektsteuerungsprogramms auf kognitiver Ebene, das sich ins staatliche Regierungskonzept *politisch* transformieren läßt. Das kognitive Affektsteuerungsprogramm funktioniert wie folgt: Aus der Tatsache der «notwendigerweise immer» gegebenen Unterworfenheit des Menschen unter Leidenschaften *und* der Tatsache, dass ein als «schlecht» erkannter Affekt nur (aber stets) durch einen *entgegengesetzten* stärkeren Affekt gehemmt werden kann, weil der Verstand den Körper doch (unter «modalen» Bedingungen) zu steuern vermag, ergibt sich folgendes fünfpunktige *Affektsteuerungsprogramm* (E 5P20S; E 4P4D+C; E 4P7; E 4A2; E 5P1+9–14; TP 10/9):

1. Der geordnete (kognitiv selbstdisziplinierte) Verstand vermag die Affekte zu erkennen und dadurch
2. von den äußeren Ursachen zu trennen, wodurch er sie unter den Bedingungen
3. der Dauer und
4. der Schwäche oder Stärke ihrer Beziehung zu *vielen* oder *einem* Ordnungspunkt(en) zu transformieren (bzw. zu domestizieren) vermag, indem

5. er sie auf die *eine*, nämlich die (nur noch) maßgebliche Wirkungsursache bezieht und somit *neu*, nämlich im Sinne der Erkenntnis (Ziff. 1) zuordnet.

Der Staat als Koordinationsinstanz der (zwischen)menschlichen Handlungen *hat* – unabhängig vom konkreten Verfassungstyp – diesen Mechanismus durch das System von Motivation und Sanktion politisch zu integrieren.

Dadurch werden *Ethik* und *Politik* in der Weise miteinander verbunden, daß die Existenz des Individuums in Gesellschaft und Staat unter der normativen Bedingung *der* ethisch verantwortbaren und politisch zulässigen Freiheit jederzeit gewährleistet werden kann. Dieser zentrale Aspekt der Einheit von Ethik und Politik in Spinozas Werk ist nicht nur erkenntnistheoretisch, sondern somit auch ontologisch begründet.

C. Die Thematik der Selbsterhaltung und Selbstzerstörung in der Rechtsgemeinschaft und das Naturgesetz der subjektiven Präferenz

Brennpunkt der spinozistischen Seinslehre allen Daseins bildet das Selbsterhaltungsstreben, das seine Bestimmung aus dem Gegensatz der Selbstzerstörung bezieht (E 3P6 [sowie 3P4D+4P25]; Ep50 p. 240). Die Thematik von Selbsterhaltung und Selbstzerstörung ist ontologisch mit dem Begriff der Natur, politisch mit dem Begriff der Gemeinschaft vermittelt. Natur und Gemeinschaft bleiben zwar je autonome Begriffe, werden aber gegenseitig auf einander bezogen. Das Verhältnis von Selbsterhaltungsstreben und Selbstzerstörungsneigung entspricht dem Gegensatz von Leben und Tod (E 4P67). Im Zusammenhang mit der Dialektik von Leben und Tod bzw. Selbsterhaltungsstreben und Selbstzerstörungsneigung der Menschen eröffnen sich drei weitere wichtige Problemfelder bei Spinoza: Das Thema von Knechtschaft und Freiheit (E 4P66S+P67), die Begriffsbildung von Gut und Schlecht (E 4P40+68; TP 2/18–23; TTP 16: 192Adn+196) sowie – mit Bezug auf das Selbsterhaltungsstreben – das Naturgesetz der subjektiven Präferenz. Letzterem wenden wir uns im vorliegenden Kontext zu.

Das Naturgesetz der subjektiven Präferenz bildet das Kriterium der institutionalisierten Sicherheit im Staat.⁷ Es besagt: Der Mensch wählt zwischen zwei Gütern stets das größere und von zwei Übeln das kleinere, wobei er mit der Vornahme

⁷ Walther 1990a: 12: spricht vom «Gesetz der subjektiven Präferenz».

der *Wahl* zugleich die Güter bzw. Übel selbst *qualifiziert*. Die Wahl erscheint zunächst als eine willkürliche, denn wer weiß schon, was für ihn wirklich «das Gute» ist. Der Affekt entscheidet nach momentanem Glücksempfinden. Erst der Verstand ist in der Lage, im Sinne des (erwähnten) Affektsteuerungsprogramms und unter dem Gesichtspunkt der «Dauerhaftigkeit» differenzierend zu entscheiden. Gibt es dafür aber auch eine Notwendigkeit? Ja, der Verstand kann in der Befolgung momentaner (affektiv gesteuerter) Glücksempfindungen eine Selbstzerstörungsneigung derart erkennen, dass die Beliebigkeit der subjektiv bedingten Präferenzen ein allgemeines Chaos erzeugt und dadurch der angestrebte *eigene* Vorteil gefährdet ist. Interaktives Handeln würde dadurch erschwert oder gar verunmöglicht. Niemand könnte sicher gehen, *sein* Selbsterhaltungsstreben erfolgreich zu realisieren. Erst die «Dauerhaftigkeit» verbürgt die Gewißheit des «wahren Gutes» für einen jeden. Die launenhafte Subjektivität muss folglich in objektive Berechenbarkeit überführt und diese Rationalität sodann institutionalisiert werden. Erst in dem Sinne läßt sich überhaupt von einem Naturgesetz der subjektiven Präferenz als Vernunftprinzip sinnvollerweise sprechen.

Dieses Vernunftprinzip hat in allen drei Werken Spinozas den gleichen Stellenwert (TTP 16: 190/1; TP 3/6; E 4P65+66). Da die Vernunft grundsätzlich ein Allgemeingut ist, erstrebt der Mensch nichts für sich alleine, was er nicht auch für die Mitmenschen begehren müßte.⁸ Die Konsequenz des Prinzips subjektiver Präferenz ist, daß, wenn jeder Mensch seinen eigenen Nutzen sucht, die Menschen einander am meisten nützlich sein müssten. *Die Einsicht in die Tatsache des individuellen Vorteilsstrebens als des ontologischen Funktionsprinzips der Gesellschaft bedingt die Einsicht in die Notwendigkeit der wechselseitigen Hilfeleistung.* Auf dieser Grundlage werden die konkurrierenden Interessen der Individuen und ihr Verhalten in der Gemeinschaft koordinierbar. Dies bedeutet Sicherheit und Vertrauen (E 4P35C2; E 4P37D2S2).

Auf diese Weise läßt sich die Gesellschaft im Sinne des Rationalismus theoretisch begründen. Aber hält dieses Konzept in der Praxis auch stand? Spinoza sagt, die Vernunft vermöge zwar die Affekte der Menschen einzuschränken und zu mäßigen, aber die Vernunft weise dadurch auch einen überaus steilen Weg, den die meisten Menschen gar nicht zu gehen vermöchten (TP 1/5). Für den Staat ist alleine der Gesichtspunkt seiner Sicherheit, seines Bestandes, mithin der friedlichen Koexistenz seiner Bürger maßgeblich. Gerade weil zivilisierte *und* unzivilisierte Menschen einander begegnen, kann sich das Staatswesen nicht auf Lehr-

⁸ E 4P35–37 in Verbindung mit P18S sowie P68S. Das Ergebnis spricht Spinoza im Sinne einer *Lebensweisheit* in E 4P45S (bzw. TTP 3: 44) aus.

sätze der Vernunft abstützen (TP 1/7). Diese realpolitische Sicht der Praxis wird nunmehr auch zum ethischen Prinzip. Ethik und Politik müssen daher ins positive Recht transformiert werden. Außerhalb der rechtlich konstituierten Gesellschaft «*Staat*» können die Menschen nicht existieren (TP 1/3), weil nur *er* die Ordnung des Zusammenlebens dauerhaft zu gewährleisten imstande ist.

D. Die Transformation von Ethik und Politik ins positive Recht

Spinoza hat damit die Kernaussagen zu Ethik und Politik von König Salomo in rechtliche Kategorien übersetzt. Die Institutionalisierung des gemeinsamen Rechts im Staat schafft Ordnung, Sicherheit und dadurch auch Freiräume, innerhalb derer sich der vernunftgemäß und somit auch gesetzeskonform handelnde Mensch frei entfalten kann. Die Bildung eines gemeinsamen Rechts bedeutet zwar die Einschränkung des natürlichen Rechts des einzelnen. Der *wirklich freie* Mensch wird aber das Recht bzw. die Gesetze des Staates beachten und befolgen (TP 2/16, 3/6; E 4P73). Er hat ja auch die Rechtsordnung im politischen Meinungsbildungsprozeß mitgestaltet (TTP16: 194/5).

Im Naturzustand handeln die Menschen meist affektgetrieben und nicht nach der Vernunft. Deshalb sind sie von Natur aus regelmäßig auch Feinde (TP 2/14+8/12[1]). Das zeigt folgende Überlegung: Das Recht des einzelnen im Naturzustand ist gleich Null, denn solange *sein* Recht identisch mit *seiner* natürlichen Macht ist (die ohnehin nach der Geistes- und nicht nach der Körperkraft zu bemessen ist [TP 2/11]), handelt er zwar nach dem Prinzip des Selbsterhaltungstrebens (TP 2/3–5), jedoch ist er überhaupt nicht in der Lage, sich selber vor dem Selbsterhaltungstreben und damit den konkurrierenden Machtansprüchen anderer zu schützen, weshalb Spinoza in diesem Zusammenhang von einem gefährlichen Nullsummenspiel spricht (TP 2/15[1]).

Spinoza bezeichnet das Recht als die *Seele des Staates* (TP 10/9). Soll der Staat von Bestand sein, so muß sein Recht folglich unzerstörbar sein. Das heißt, es muss sowohl auf *Vernunft* als auch auf den allgemeinen *Affekt* der Menschen abgestützt sein. Das Affektsteuerungsprogramm der Ethik kann für den Staat nutzbar gemacht werden, indem die Befolgung bzw. Nichtbefolgung des rechtlich Gebotenen mit Belohnungen oder Sanktionen gefördert oder belegt wird. Entsprechend läßt sich das *staatliche Recht* als dasjenige Verhaltenssystem definieren, das durch Belohnungen oder Drohungen erreicht wird (TP 3/8[1]). Daher *muß* der Staat, um sein Recht zu behaupten, die Ursachen der Furcht und der Achtung *dauernd* aufrecht erhalten (TP 4/4[3]). Dadurch wird das natürliche Recht effizient in positives Recht transformiert (Walther 1985: 88–96). Erst *posi-*

tives Recht sichert und befriedet das Leben im Staat. Es allein gewährleistet den Ausschluß von Überforderungen (unrechtmäßiger Ansprüche) und die Möglichkeit einer allgemein berechenbaren Erwartungshaltung. Das *zwischenmenschliche Verhalten* wird dadurch im staatlichen Gemeinschaftsleben *koordinierbar*.

Die staatliche Gemeinschaft kann sich jedoch nicht nur auf die Korrektive der affektiven Steuerung und Therapie verlassen, sondern sie muß in *propädeutischer* Hinsicht eine zusätzliche Leistung erbringen. Denn die Menschen werden *nicht* als Staatsbürger *geboren*, sie werden erst dazu *erzogen* (TP 5/2; TTP 5: 75; TIE Adm §§ 14–15). Deshalb sind *Bildung* und *Erziehung* wesentliche Komponenten der Funktionstüchtigkeit eines Staatswesens. Dies gilt namentlich in bezug auf den Verfassungstyp der Demokratie. Bildung und Erziehung sind *Fundamente einer demokratischen Regierungsform*, insofern sich *alle* in der Demokratie an der Bildung des Staatswillens und des Rechts der Gemeinschaft beteiligen. Hierfür sind die Voraussetzungen zu schaffen. Bildung und Erziehung sind somit die Voraussetzungen dafür, daß in der staatlichen Gemeinschaft die politische Willensbildung *vernünftig* erfolgt. Erst dann, wenn die Willensbildung nach Vernunftgrundsätzen erfolgt, ist ausgeschlossen, daß sich Irrtümer bilden. Die Vermeidung von Irrtümern bei der politischen Willensbildung ist erst durch den quantitativen Faktor der Beteiligung *aller* an der politischen Beschlußfassung möglich. Die demokratische Staatsform stimmt mit dem Teilhabegrundsatz *aller* an der Vernunft als regulativem Prinzip überein (E 4P35–37; TTP 16 pp. 193–195) und entspricht (nach Ansicht Spinozas) überdies der historischen Entstehung der Staaten (TP 8/12[2]).

Mit der Transformation der politischen und ethischen Prinzipien in rechtliche Kategorien gelingt Spinoza das von ihm intendierte und mit den Worten von König Salomo umschriebene *Programm der Ethik und Politik*, wonach der ethische Intellektualismus die friedliche und vernunftgemäße (also selbstdisziplinierte) Koexistenz der Menschen zu begründen und wonach das positive Recht (im Sinne von Spinozas Ethik und Politik) die Koexistenz zu gewährleisten vermag.

II. Diskursethik

A. Renaissance der Ethik

Ethik als Disziplin erfreut sich gegenwärtig einer Renaissance (Pieper I Praef; Rohls: 483–487). Zurzeit werden 27 Ethikkonzepte verschiedener wissenschaftstheoretischer und -historischer Provenienzen angeboten. Die philosophische

Ethik wiederum ist Gegenstand geschichtlicher Erörterungen. Unter diesen Rahmenbedingungen und auf den Grundlagen ihrer bisherigen philosophischen Konzeptionen ist die Begründung der Diskursethik durch *Jürgen Habermas* und *Karl-Otto Apel* zu verstehen.

Die Diskursethik – auch *kommunikative Ethik* genannt – will ethische Prinzipien begründen, die eine gewaltfreie, rationale und allgemein zustimmungsfähige Lösung von Konflikten ermöglichen. Entscheidungen, die öffentliche Angelegenheiten betreffen, sollen einem *universalistischen* und *formal-prozeduralen* Prinzip folgen, das kultur- und zeitunabhängig für *alle* vernunftbegabten Menschen und unabhängig von subjektiven Gesinnungselementen gilt. Die *konkreten* Konfliktlösungen und praktischen Handlungsanweisungen sind daher von den Betroffenen auf dem Wege eines Diskurses auszuhandeln. Der Diskursethik ist ein gewisser Vernunftoptimismus eigen.

Die universalistische und formal-prozedurale Basis erhellt die *globale Dimension* der Diskursethik. Ethik soll unabhängig von Religion, Tradition und normativen Vorgaben bei allen Völkern dieselbe Geltung haben. Die drängendsten Probleme von Politik und Gesellschaft liegen darnach im Makrobereich. Denn die moderne Wissenschaft und ihre technischen Anwendungsmöglichkeiten haben dem Handeln des einzelnen eine nie zuvor gekannte Reich- und Tragweite gegeben. Im Zeitalter der atomaren Energien und Waffen kann die Handlung eines einzelnen Auswirkungen für die ganze Menschheit zeitigen. Deshalb sind ethische Handlungsmaßstäbe erforderlich, die für alle Menschen gleichermaßen gelten (Apel 1990: 487). Verantwortung und Verantwortungsethik sind zentrale Begriffe. Sie stehen im Zentrum einer Makroethik, die sich von der konventionellen Individualethik abhebt (Apel 1992: 29). Das zeitgeschichtliche Motiv liegt auf der Hand (Habermas 1988, 1: 9).

Das Ziel des diskursethischen Konzepts ist somit ein *aufklärerisches* und *emanzipatorisches*: Über das Verständnis der Strukturen des Sprechens, Denkens und Handelns soll das Selbst- und Fremdverstehen der Menschen gefördert und dadurch eine Niveauanhebung der menschlichen Kultur insgesamt im Sinne des vernünftigen und freien Umgangs untereinander erreicht werden (Müller: 235).

B. Apels Transformation der Transzendental-Philosophie als Grundlage der Diskursethik

Habermas' und Apels Denksysteme sind selbstaussdrücklich miteinander verschränkt. Soweit Apel die Transformation der individualistischen Bewusstseins-

philosophie seit Kant in eine Transzendentalpragmatik auf kommunikationstheoretischer Ebene durchführt,⁹ rezipiert er (zumindest teilweise) die Habermas'sche Kommunikationstheorie. Habermas seinerseits transformiert die Bewusstseinsphilosophie in die Kommunikationstheorie und knüpft bei theoretischen Explikationen Apels an, weshalb mit Apels «Transformation der Philosophie» (so der Titel einer zweibändigen Sammlung von Aufsätzen Apels aus den Jahren 1955–72) der Denkweg, der zu Habermas führt (Habermas 1991, Vorwort), kurz nachzuvollziehen ist.

Seit Aristoteles sieht die abendländische Philosophie Sprache und Denken als eine zeichenmäßige Abbildung der Welt und ihrer Ordnung. Diese eigenartige Entsprechung von Welt und Sprache liegt *jeder* Aussage als Bedingung ihrer Möglichkeit zugrunde. Deshalb setzt Apel an die Stelle eines monologischen Subjekts, das *seine* Welt der Objekte bewußtseinsmäßig (im Sinne Kants und des deutschen Idealismus) konstituiert, das transzendente Sprachspiel einer (grundsätzlich) unbegrenzten Kommunikationsgemeinschaft. Es stellt die Bedingungen jeder (realen) Kommunikation mit Hilfe von sinnvollen Zeichen und die Bedingungen der Möglichkeiten des kommunikativen Sprachgebrauchs dar. Die individualistische Transzendental-Philosophie wird dadurch zur universalen Transzendental-Pragmatik transformiert.¹⁰

Die Transzendental-Pragmatik Apels stellt somit *den* umfassenden Versuch der Postmoderne dar, die Transzendental-Philosophie mit hermeneutischen, neopositivistischen, analytischen und sprachphilosophischen Ansätzen in der Weise weiterzuentwickeln, daß das Wesen der Kommunikation, das auf Konsens abzielt, ohne Widerspruch Bestand hat. Daher *muß* die Philosophie im Sinne einer Ideologiekritik, den Zwiespalt zwischen technokratischem Verfügungswissen und gesellschaftlichem Selbstverständnis aufdecken und dieser Einseitigkeit des (historisch) realisierten Denkens und Handelns eine soziale und moralische Dimension menschlicher Sinnverständigung entgegensetzen. Das Ziel der Apel'schen

⁹ Apel 1988: 2: 417–423; Müller: 241–248; Rohls: 476/7.

¹⁰ Soweit die Transzendental-Pragmatik universell gelten soll, impliziert sie zwei Vorausbedingungen: Die Argumentation innerhalb der Kommunikationsgemeinschaft ist *ausschließlich* auf rationaler Ebenen zu führen, und *alle* Teilnehmer der Kommunikationsgemeinschaft sind als gleichberechtigt anzuerkennen. Somit sind alle sprachfähigen menschlichen Wesen potentielle und gleichberechtigte Argumentationsteilnehmer. Diese beiden Vorausbedingungen sind unhintergebar. Aufgrund der Nicht-Hintergebarkeit der Intersubjektivität sind jeder rationalen Argumentation somit die Ideen einer realen und einer idealen (universalen) Kommunikationsgemeinschaft als transzendente Voraussetzungen anzuerkennen, aus denen sich die Grundsätze der Ethik ergeben.

Philosophie liegt in einer *Ethik* der Mitverantwortung.¹¹ Die Diskursethik zeigt also, *daß* und *wie* die Menschen ihre Einzel- und Gruppeninteressen auf dem Weg zu einer weltweit humanen Gemeinschaft überwinden können (Apel 1988, 2: 364+431; Müller: 247–249).

Um die theoretischen Einsichten in die diskursiven Bedingungen ethischer Normen mit einer Theorie des sozialen Handelns verbinden zu können, bedarf es nach Apel emanzipatorischer Zielstrategien. Zu diesem Zwecke unterscheidet er zwischen einem Teil *A* und Teil *B* der Diskursethik. Die Pointe dieser Unterscheidung liegt in der Zwischenschaltung einer *Interims-Ethik* und der Gewährleistung des Übergangs von bestehenden (geschichtlichen) Verhältnissen zur Realisierung der Anwendungsbedingungen der Diskursethik (Apel 1990: 134). Diese Interimsethik ist in die Kategorien von Politik und Recht zu transformieren. Denn die konventionelle Individualethik versagt vor den weltumspannenden Aufgaben auf makroethischer Ebene. Die Diskursethik vermag sowohl die rationale Begründung für den Begriff der Mitverantwortung zu liefern als auch die Organisation der kollektiv wirksamen Mitverantwortung *aller* auf allen Ebenen menschlicher Kooperation zu steuern. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der politischen Handlungskoordination, sondern auch im Bereich der Rechtssetzung. Daher soll nach Apel die Moralität (im Sinne eines autonomen Bereiches) nicht aus den Bereichen des Rechts und der Politik ausgeklammert werden, weil dies gegen den ethischen Imperativ der diskursiven Mitverantwortung verstößt (Apel 1992: 32). Die zur Begründung einer politisch relevanten Verantwortungsethik eingeführte Unterscheidung zwischen Begründungsteil *A* und *B* der Diskursethik kann nun auch zur ethischen Legitimation des Rechts selbst genutzt werden. Im Zentrum steht die Idee des Rechtsstaats. Das Gewaltmonopol des Rechtsstaates macht es erst möglich,¹² daß die einzelnen Bürger es sich ohne Risiko leisten können, moralisch zu handeln.¹³

¹¹ Das apriorische Vernunftinteresse an Aufklärung und Emanzipation der vergesellschafteten Menschen vermittelt kritisch zwischen dem Interesse an sinnorientierter Kommunikation und dem instrumentellen Erkenntnisinteresse, welches Herrschafts- und Verfügungswissen über Natur und Mensch gezeitigt hat. Ethik ist heute als *Ethik solidarischer Mitverantwortung* zu legitimieren.

¹² Apel (1992: 36+57–61) greift auf die Unterscheidung zwischen den Begründungsteilen *A* und *B* der Diskursethik zurück. Es geht dabei um die (ideengeschichtlich belegbare) Differenz zwischen abstrakter Prinzipien-Moralität und politischer Verantwortung. Die Differenz zwischen Politik und Moralität (im Sinne Kants) erfordert die Ergänzung der universalistischen Prinzipien im Sinne einer *Verantwortungsethik*. Es geht darum, die möglichen Folgen der situationsbezogenen Anwendung des Ideal- und Handlungsprinzips zu bedenken. Problempunkt der politischen Verantwortungsethik ist, daß die Reziprozitätsbedingungen der Kommunikation und Interaktion gewährleistet sind, d.h. daß unterstellt werden kann: Wer verantwortlich handeln will, ist auch bereit, entsprechend zu handeln. Apel stellt fest, daß dieses Anwendungsproblem immer dann und

C. Habermas' Konzeption der Diskursethik

1. Die Theorie des kommunikativen Handelns

Habermas geht von einem vergleichbaren Ausgangspunkt aus: Im Zentrum steht nicht ein erkennendes und handelndes *Subjekt*, das sich seine gegenständliche Welt bewußtseinsmäßig selbst konstituiert, sondern im Mittelpunkt steht ein Begriff formal-prozeduraler Intersubjektivität, an der das (erkennende und handelnde) Subjekt sich *verständigungsweise* beteiligt (Horster: 82–104; Gripp: 121–147). Dadurch verlagert sich das Gewicht von der kognitiv-instrumentellen zur kommunikativen Rationalität (Habermas 1988, 1 p. 525). Dieser Gesichtspunkt ist für die Theorie des kommunikativen Handelns wegleitend. Er bestimmt den normativen Maßstab für die Beurteilung von Deformationen und Pathologien im geschichtlichen Entwicklungsprozeß der fortschreitenden Rationalisierung der Gesellschaft. Entsprechend konsequent richtet sich die Kritik seiner Theorie gegen die Einseitigkeit eines bloß progressiv-instrumentellen Vernunftbegriffs, wonach alle intersubjektiv praktischen Belange auf Fragen der technisch angemessenen Entscheidung reduziert werden. Die Eigenart der menschlichen Vergesellschaftung besteht demnach in der kollektiven Sicherung der materiellen Existenz durch Aufrechterhaltung des kommunikativen Prozesses zwischen den Beteiligten. Die Rationalität des kommunikativen Handelns repräsentiert somit eine fundamentale Bedingung der gesellschaftlichen Entwicklung selbst. Als Schrittmacher erweist sich die Unterscheidung von zweckrationalem und kommunikativem Handeln.¹⁴ Zweckrationales Handeln läßt sich des weiteren auftei-

dort auftaucht, wo die Bedingungen einer universalistischen Prinzipienethik in der sozialen Realität (noch) nicht gegeben sind, insbesondere also dort, wo der *Rechtsstaat*, der strategisches Mißverhalten durch sanktionsbewährte Spielregeln begrenzt, nicht realisiert ist bzw. nicht funktioniert. In all diesen Situationen ist es moralisch unzumutbar, weil unverantwortlich, nach einem Universalisierungsprinzip zu handeln. Die situationsangemessene Vermittlung zwischen strategisch vorbehaltloser Verständigung und strategischen Taktiken folgt der Faustregel: Soviel Vorleistung im Sinne strategiefreier Verständigung wie *möglich* und soviel strategische Vorbehalte aufgrund einer verantwortlichen Risikoeinschätzung wie *nötig*.

¹³ Apel 1992: 58. Die moralisch relevante Errungenschaft des Rechtsstaates besteht also nicht nur in der Friedenssicherung (d.h. im Schutz von Leib und Leben), sondern sie verweist darüber hinaus auf die politische Notwendigkeit der verantwortlichen Vermittlung von konsensual-moralischem (im Sinne von Teil A) und strategischem Verhalten (Teil B der Diskursethik), die dem Einzelmenschen dadurch abgenommen wird. Dabei kommt es zur wechselseitigen Konstitution der politischen Macht des Rechtsstaats und des positiven Rechts auf der moralischen Grundlage der Konsensfähigkeit. Der Rechtsstaat konstituiert sich zwischen Moral und Politik als verantwortbare Vermittlung beider Bereiche. Recht und Politik bleiben aber je autonome Bereiche.

¹⁴ Kommunikatives Handeln hat drei Funktionen: Kulturelle Reproduktion, soziale Integration und personale Sozialisation. Diesen Vorgängen entsprechen die strukturellen Komponenten der Le-

len in (gegen Objekte gerichtetes) instrumentelles und (gegen Subjekte gerichtetes) strategisches Handeln, das sich insgesamt als *erfolgsorientiert* erweist. Das kommunikative Handeln hingegen ist *verständigungsorientiert*. Daher kann Habermas die gesellschaftliche Evolution ebenso vom instrumentellen Handlungsbegriff, wie ihn die Gesellschaftstheorie als Grundlagenbegriff bisher verwendete, wie von seinem kommunikativen Handlungsbegriff her entwickeln (Münkler: 193–196; Honneth: 608–611). Die Theorie des kommunikativen Handelns führt somit Philosophie und Gesellschaftstheorie zusammen und begründet die normative Grundlage einer kritischen Gesellschaftstheorie durch Rekonstruktion eines (vorausgesetzten) unzerstörbaren Elements kommunikativer Rationalität.

2. Die Diskurstheorie des Rechts und des Rechtsstaats

Auf der Grundlage der *Theorie des kommunikativen Handelns* entwickelt Habermas *seine* Rechtsphilosophie, deren zentrale Einsicht es ist, daß der Rechtsstaat ohne radikale Demokratie nicht zu haben und nicht zu erhalten ist (Habermas 1992: 13). Die Diskurstheorie will daher gewährleisten, daß die drei Geltungsdimensionen des Rechts, der Moralität und der Politik nicht kollabieren. Das *Recht* garantiert die Umsetzung von Wissen in Handeln, weil es zugleich Wissens- und Handlungssystem darstellt. Die *Moral* dagegen repräsentiert lediglich eine Form des kulturellen Wissens und bleibt als solche ein Symbolsystem ohne Verbindlichkeit auf der institutionellen Ebene. Die Wirksamkeit der Moral bleibt auf dem Wege der *Internalisierung* in der Persönlichkeitsstruktur verankert und beschränkt auf sie, während das Recht auf dem Wege der *Institutionalisierung* die Moral nach außen hin handlungswirksam ergänzt. Die Relevanz der Differenz zwischen Moral und Recht verdeutlicht sich überdies am Transferproblem von der Wissens- zur Handlungsebene. Die moralisch urteilende und handelnde

benswelt, mit der die (autonomen) gesellschaftlichen Teilsysteme rückgekoppelt sind, nämlich: Kultargesellschaft und Person. Die auf kulturelle Reproduktion, soziale Integration und personale Sozialisation abgestellten *Handlungssysteme* bleiben den *Strukturen der Lebenswelt* und des *kommunikativen Handelns* somit verhaftet (2: 391). Zwar ermöglicht die Rationalisierung der Lebenswelt Entstehung und Wachstum von Subsystemen, doch erfolgt dieser Prozeß stets auf Kosten eines lebensweltlichen Vorschusses. Die Ausdifferenzierung funktional verselbständigter Teilsysteme ist ein Rationalisierungsvorgang, der auch eine Umstellung im Bereich der Handlungskoordination von der Sprache auf Steuerungsmedien, wie Macht, Geld, Einfluß und traditionelle Wertbindung, und dadurch eine Technisierung, Spezialisierung und Hierarchisierung der Lebenswelt mit sich bringt (2: 272–278, 409). Dabei läßt sich die Gesellschaft einmal aus der Teilnehmerperspektive als Lebenswelt und ein andermal aus der Beobachterperspektive als selbstgesteuertes *System* rekonstruieren (1: 164/5; 2: 226, 391). Daher ist zwischen Sozial- und Systemintegration zu unterscheiden.

Person muß sich dieses Wissen stets selbständig aneignen, verarbeiten und in ihre Praxis umsetzen. Sie steht somit unter hohen kognitiven, motivationalen und organisatorischen Anforderungen, von denen sie als *Rechtsperson entlastet* wird. Die beiden je autonomen Bereiche von Moral und Recht ergänzen sich somit in einer komplex strukturierten Gesellschaft (Habermas 1992: 135–151).

Aber auch Recht und politische Macht sind miteinander verschränkt. Die staatliche Sanktions-, Organisations- und Exekutivgewalt ist somit *rechtlich* zu kanalisieren. Die politische Macht erhält erst durch die Fusion mit Recht normative Autorität, und sie kann aus dieser Fusion nur solange Nutzen ziehen (also ihre Legitimation ableiten), wie und solange das Recht selbst als Ressource der Gerechtigkeit fungiert. Denn so, wie die politische Macht sich auf das Drohpotential abstützt, das durch die kasernierten Gewaltmittel gedeckt ist, so hat auch das Recht als Gerechtigkeitsressource autonom zu bleiben. Daher *muß* der rechtsförmig konstituierten Macht der staatlichen Administration eine *rechtssetzende, kommunikative Macht* vorausgehen, wenn sie sich *aus dem Recht* legitimieren will. Insoweit dient das *Recht als Medium*, über das sich die kommunikative Macht in administrative umsetzen läßt (Habermas 1992: 180–183, 187).

Das *Diskursprinzip* soll nun Verhandlungsprozesse auf der Ebene unterschiedlicher Machtverhältnisse neutralisieren oder doch zumindest disziplinieren helfen. Das Diskursprinzip, das einen zwanglosen Konsens sichern soll, wird unter dem Gesichtspunkt der *Fairness* als Regulativ in die Verhandlungen eingeführt (Habermas 1992: 205/6). Die Idee des Rechtsstaates fordert, daß sich die öffentliche Gewalt, die sich ihrerseits auf die rechtsförmig verfaßte politische Herrschaft stützt, gleichfalls am legitim gesetzten Recht orientiert und sich selbst aufgrund dessen sowohl organisiert als auch legitimiert. Das Recht ist nur konstitutiv für jenen Machtcode, der sich aus der kommunikativen Macht im System der öffentlichen Verwaltung regeneriert. Das Recht bildet somit das Medium für die Umwandlung von kommunikativer in administrative Macht. Erst aufgrund dieser Überlegungen entfalten sich die Prinzipien des Rechtsstaats. Der Prozeß der politischen Willensbildung legitimiert sich folglich alleine dadurch, daß sämtliche politischen Fragen in einem Verfahren nach rationalen Kriterien verhandelt werden. Dieses Verfahren ist vom Verfassungstyp her betrachtet *demokratisch* (Habermas 1992: 210).

Das *demokratische Verfahren* ist somit Garant für eine politische Willensbildung nach rationalen Kriterien. Da sich die politische Gesetzgebung auf verschiedenen Ebenen der politischen Öffentlichkeit, der politischen Parteien und Vereinigungen, der parlamentarischen Körperschaften und der Regierung vollzieht, kann das

Kommunikationsmodell nichts mit der Vorstellung einer *Repräsentation* des Volkes als Einheit zu tun haben. Auch handelt es sich nicht um einen Vernunftbegriff im klassischen Sinne, mit dessen Hilfe sich ein homogenes Allgemeininteresse auffinden ließe. Vielmehr *verflüssigt* sich die Souveränität der Staatsbürger im Kommunikationsprozeß. Die so vollständig prozeduralisierte Vernunft findet ihre Einheit nur noch in der diskursiven Struktur öffentlicher Kommunikation. Der Konsens des politischen Willensbildungsprozesses vermag sich also erst dann als *diskursethisch* zwanglos zu legitimieren, wenn er sich in einem *demokratischen* Verfahren und somit unter fallibilistischem Vorbehalt auf der Grundlage einer *entfesselten* kommunikativen Freiheit gebildet hat (Habermas 1992: 228/9). Freiheit und demokratisches Verfahren verschränken sich diskursethisch in einem vollständig prozeduralisierten Vernunftbegriff und gewährleisten zugleich das System der Rechte, dessen inhärente Fixpunkte sie im Sinne rechtsstaatlicher Organisation repräsentieren. Die politischen Praktiken der Demokratie lassen sich folglich als Partikel der existierenden Vernunft selbst identifizieren, und zwar nicht im Sinne einer Entgegensetzung zu einer herkömmlich empiristisch verstandenen Wirklichkeit, sondern dadurch, daß der normative Gehalt der sozialen Faktizität beobachtbarer politischer Prozesse schon eingeschrieben ist (Habermas 1992: 349/50).

III. Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen beider Systeme

Ziel der Diskursethik ist die Rekonstruktion von Bedingungen mit universalem (globalem) Geltungsanspruch, aufgrund bzw. innerhalb derer gesellschaftliche oder (zwischen)staatliche Konflikte gewaltfrei, d.h. rational gelöst werden können. Die systematische Explikation der Bedingungen ergibt: Eine transzendental-pragmatische Ethik auf kommunikationstheoretischer Grundlage. Die Kommunikation erfolgt im Sinne eines formal-prozeduralen Diskurses.

Spinozas Vermittlung von Ethik und Politik verfolgt zwar ein vergleichbares Ziel, aber mit anderen Mitteln. Die Vernunftgläubigkeit ist Spinozas Sache nicht. Spinoza zeigt zwar die rationale Struktur der Ethik der menschlichen Gesellschaft (im vierten Teil seiner *Ethik*) sowie den rationalen Diskurs der Politik einer demokratisch verfassten Gesellschaft (im 16. Kapitel des *TTP*) auf, aber er reflektiert diese Rationalität mit Blick auf deren pragmatische Realisierungschance auch als eine unverbindliche, weshalb er die unabdingbare Notwendigkeit des Staates als Motivations- und Sanktionssystem erkennt, solange die Menschen ihr Zusammenleben selber noch nicht über die ethisch begründete Freiheit ver-

nünftig zu gestalten vermögen. Das Recht hat daher eine grundlegende Steuerungsfunktion auf der Ebene der natürlichen Mächtigkeiten als *den* ontologisch konstitutiven Elementen der Gesellschaft.

Dagegen bleibt das staatliche Gewaltmonopol gemäss der Diskursethik ausdrücklich kaserniert. Es stellt zwar eine permanente Drohgebärde der Mächtigen gegenüber den Unterworfenen dar, deren mittelbare Präsenz den Vollzug der Gebote einerseits sicherstellt, deren Potential aber andererseits im offenkundigen Widerspruch zum Postulat des *gewaltfreien* politischen Diskurses steht, und das das diskursethisch begründete System daher permanent zu desavouieren droht. Die Gesellschaft nach Habermas ist gewissermaßen in einer Dauerklemme zwischen ihren eigenen konstitutiven Polen von Macht und Recht. Ihr Zivilisierungsgrad misst sich somit an ihrer Leistungsfähigkeit, die beiden Extreme kommunikativ zu fusionieren. Nur insofern und insoweit sind die Ziele der beiden Konzepte also vergleichbar.

Damit stehen sich ein kognitives und ein kommunikatives Konzept – jedenfalls nach heutigen Kategorien – entgegen. Die Diskursethik beruht ursprünglich (wie noch zu zeigen ist) auf einem monistischen Vernunftbegriff, ihre diskurstheoretische Transformation in die traditionelle Rechtsphilosophie dagegen wird dualistisch konzipiert. Daraus ergibt sich für beide Systeme ein Korrekturbedarf, der durch gegenseitigen Austausch von systemisch expliziertem Know-how gebessert werden kann. Die Diskursethik erhält eine ontologische Fundierung, um aus ihrem Diskurszirkel aussteigen zu können, das spinozistische Potential von Ethik und Politik kann umgekehrt seinen immerhin ansatzweise vorhandenen konsensual orientierten Vernunftbegriff auf der Basis der Diskurstheorie entwickeln und aktualisieren.

A. Die monistische und dualistische Struktur des Vernunftbegriffs

1. Die historisch defizitäre Selbstrekonstruktion der Diskursethik

Trotz grundsätzlicher Unterschiede zwischen den Verfassungen der Gesellschafts- und Rechtsphilosophie Spinozas und der Diskursethik ist die Gemeinsamkeit der *monistischen* Struktur des Vernunftbegriffs nicht zu übersehen. Habermas betont die Gemeinsamkeit mittelbar mit seinem Bemühen, in der historischen Rekonstruktion des eigenen Systems gerade Distanz, namentlich gegenüber dem Vernunftrecht eines Hobbes, zu markieren. Zwar leuchten die Ausführungen zur Abgrenzung gegenüber dem klassischen Vernunftrecht eines

Thomas Hobbes – gerade aus der spinozistischen Perspektive – ohne weiteres ein. Aber wenn die erkenntnistheoretische Weichenstellung zwischen Dualismus und Monismus des 17. Jh. einfach übergangen wird, indem die eigene Abgrenzung nur gegenüber den dualistischen Konzepten vorgenommen wird, wofür dasjenige von Hobbes als ein Beispiel steht, dann erweist sich solche historische Selbstrekonstruktion als defizitär. Sie zeigt sich darin als eine rationalistische Selbstreduktion. Niklas Luhmann hat diesen Mangel für die Soziologie unlängst ausgesprochen (Luhmann: 111/2).

Soweit nun Habermas über die bisher (mit Karl Otto Apel gemeinsam) erarbeiteten Grundlagen der Diskurstheorie hinaus gehen will (Habermas 1992: 10+391/2) und eine eigene Staats- und Rechtsphilosophie mit respektvollem Blick auf die eindrücklich konstruktiven Leistungen der juristischen Disziplin präsentiert, verdoppelt sich die Auswirkung dieses Mankos. Denn zum einen sind die Systeme der Rechtswissenschaft, insbesondere des Privatrechts (Wieacker: 276, 305+309) nicht ohne die Vorleistungen der Generationen des Vernunftzeitalters (insbesondere der philosophischen Disziplin!) erreicht worden, zum anderen begründet sich die Rechtswissenschaft als *positivistisches Systemdenken* erst im 19. Jahrhundert. Ein Annäherungsversuch der Diskurstheorie an die moderne Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jh. auf der Ebene einer reflektierten Rechts- und Gesellschaftstheorie hätte daher die eingeschlagene Marschrichtung nicht einfach fortzusetzen, sondern innezuhalten und die verschiedenen Wege zu prüfen, um innovativ wirken zu können (Senn 1991: 149–157).

Die Kritik ist deshalb berechtigt, weil das gesamte Werkschaffen von Jürgen Habermas unter dem Aspekt der Suche nach der Identität von Theorie und Praxis steht (Zimmerli: 226/7). Diese Suche ist zwar diskursiv angelegt, ihr Zielbereich liegt jedoch in der monistischen Struktur des Vernunftbegriffs verborgen. Diesen Sachverhalt erläutert Habermas selbst, indem er den instrumentellen und kognitiven Vernunftbegriff der westlichen Gesellschaften kritisiert, was uns auf die Dichotomie von Monismus und Dualismus verweist.

2. Die Dichotomie von Monismus und Dualismus

Die gesamte abendländische Philosophiegeschichte läßt sich unter diesem Gegensatz eines monistisch bzw. dualistisch konzipierten Vernunftbegriffs verstehen (Schnädelbach: 93–99). Unter *monistischem* Aspekt lassen sich Positionen des ethischen Intellektualismus und Pragmatismus, unter *dualistischem* Aspekt erkenntnistheoretische und methodologische Positionen verstehen, die zwischen theoretischer und praktischer Vernunft unterscheiden. Danach ist Sokrates' Auf-

fassung, wonach Tugend Wissen sei und Schlechtigkeit auf Irrtum beruhe, die typische Position eines ethischen Intellektualisten. Auch Spinoza ist Monist, insofern sein Vernunftbegriff die normativen und faktischen, die theoretischen und praktischen Antinomien in seiner Philosophie der Wirklichkeit aufhebt. Jene Anschauung hingegen, wie sie Aristoteles oder Kant vertreten, die zwischen theoretisch vernünftigem Gesetz und praktisch vernünftiger Einzelfallentscheidung differenziert, ist dualistisch.

Die dualistische Position unterscheidet zwischen Sollens- und Seinspositionen. Sie unterscheidet daher rationale Aussagen auf der Ebene der Gesetzmäßigkeit von rationalen Aussagen auf der Ebene der *Einzelfallentscheidung*. Dabei läßt sich aus der Seinsposition des Einzelfalles – logischerweise – keine Sollensposition ableiten; hingegen zeigt die Sollensposition, wie im Einzelfall zu entscheiden wäre. Entsprechend läßt sich zwischen zwei Handlungsanweisungen (oder Imperativen) unterscheiden. Nehmen wir als Beispiel Kants Entscheidungsprinzip. Unter *ethischem* Aspekt ist nach *kategorischem Imperativ* zu handeln. Der Handelnde orientiert sich dabei am Kriterium der Verallgemeinerbarkeit der Einzelhandlungsweise. Der kategorische Imperativ weist an, so zu handeln, daß die Maxime des subjektiven Willens zugleich als Handlungsprinzip im Sinne eines allgemein verbindlichen Gesetzes gelten kann (Kant [I. 1.1 § 7]: 140–144). Der *hypothetische Imperativ* dagegen ist eine individuelle Klugheitsregel. Er verhilft zur richtigen Entscheidung im Einzelfall mit Blick auf deren *Wirkung* (Kant [I.1.1 § 1]: 125–127, dazu Senn 1994b: 548–551). Der hypothetische Imperativ ist so *erfolgsorientiert*. Seine Handlungsanweisungsschema lautet: Willst du A, so tue X.

Der kategorische Imperativ ist unter ethischem Aspekt eine handlungsorientierte Koordinationsregel des zwischenmenschlichen Verhaltens, der hypothetische Imperativ dagegen eine auf Wirkung zielende Vorschrift von instrumenteller bzw. technischer Relevanz, der eine unmittelbare Steuerungsfunktion zukommt. Der kategorische Imperativ verlangt Reflexion und belastet das auf Handlung und Erfolg bedachte Subjekt mit einer Entscheidungsproblematik. Die reflexive Belastungsprobe hemmt den spontanen Entscheidungsprozess. Ob dabei die *Entscheidungsproblematik* auf der Ebene von Sittlichkeit oder Moralität, somit unter materialen Interessen, oder aber auf formal-prozeduraler Ebene der Konsensfindung, etwa im Sinne der Diskurstheorie, durchzuspielen ist, ist von der Belastungssituation und dem Entscheidungsmechanismus her betrachtet für das Individuum irrelevant. Der Durchschnittsmensch bleibt mit *seiner* Entscheidungsproblematik, die bei entsprechend internalisiertem Verantwortungsbewußtsein zur subjektiv empfundenen Belastungsprobe wird, *allein* gelassen. Es ist

daher nicht verwunderlich, daß die Masse der Unvernünftigen, von denen die Philosophen oft nur abschätzig denken, kein Amüsement am Richterspiel findet. *Daher* ist die Unterscheidung zwischen zwei Imperativen bzw. zwischen Gesetzes- und Einzelfallebene für die Ethik *verhängnisvoll*. Dadurch verkehrt sich das Verhältnis zwischen hypothetischem und kategorischem Imperativ: Die Zielorientiertheit des hypothetischen Imperativs wird im Sinne einer echten, weil erfolgsorientierten Strategie selbst zum kategorischen *Handlungsprinzip* für alle Fälle, was nicht im Sinne Kants läge, aber die Realität widerspiegelt.

3. Die verdeckt monistische Perspektive und die rationalistisch Eindimensionalität der Diskursethik

Der dualistisch konzipierte Vernunftbegriff erzeugt somit auf der Handlungsebene ein in sich widersprüchliches, wenn nicht gar lügenhaftes Verhalten. Zeitgenössische Kritiker des 19. Jh., namentlich Karl Marx, Friedrich Nietzsche und Sigmund Freud, *reflektieren* aus ihrer je eigenen Perspektive des historisch-dialektischen Materialismus, der Lebensphilosophie oder der Psychoanalyse die (teilweise latente) Duplizität zwischen theoretischem Selbstverständnis und der Praxis der bürgerlichen Gesellschaft. Die theoretischen Vernunftaspekte werden als Ideologeme des geistigen Überbaus und der bürgerlichen Moral gegenüber der lebensweltlichen Handlungsebene erkannt. Auf der Handlungsebene lassen sich folglich pragmatische, auf unmittelbaren Erfolg zielende Erkenntnisinteressen ausmachen, die nach Leitung eines instrumentellen bzw. technischen Vernunftbegriffs funktionieren. Interessanterweise finden sich bei den drei genannten Kritikern des 19. Jh. Selbstzeugnisse, wonach ihr Denken und Werk eine grundlegende Inspiration durch die Vorgaben Spinozas erhielt (Senn 1991: 18; Yovel: 354–457). Ihre Kritik am dualistisch konzipierten Vernunftbegriff wurde somit erst aus der monistischen Position (Spinozas) heraus ermöglicht.

Die Diskursethik schließt entstehungsgeschichtlich hier an. Sie schöpft ihr kritisches Potential aus der nämlichen monistischen Perspektive und rügt die Einseitigkeit des instrumentellen Vernunftgebrauchs innerhalb des dualistischen Konzepts. Die Aushandlung des Problems zwischen der monistischen und dualistischen Position übergeht sie im traditionellen Selbstverständnis der durch Kant begründeten Philosophie der Moderne. Stattdessen empfiehlt sie anstelle des erfolgsorientierten ein verständigungsorientiertes Handeln. Die Auseinandersetzung auf der epistemologischen Ebene wird in *dieser* Hinsicht aber nicht geleistet, sondern das kognitive Konzept verworfen und durch ein kommunikatives ersetzt. Aussprache über Bedingungen und Aushandlung der Regeln des Diskurses ersetzen eine durch Einwendungen der Subjektivität, Relativität und des Plu-

ralismus verunsicherte und überforderte analytische Denkweise. Die diskursive Prozessualität ist daher die einzige Rahmenbedingung, die das Rechtssystem zu garantieren hat.

Der springende Punkt ist damit aber nicht bezeichnet: Kommunikation schließt Kognition nicht aus, sondern setzt sie – (nur) hier allerdings – als dialogischen Prozeßbegriff voraus. Nicht thematisiert wird das Problem, inwiefern ein ethischer Intellektualismus mit Blick auf die Frage der (hier als Kategorien der Entgegensetzung gedacht) kommunikativ oder kognitiv gewonnenen Ergebnisse noch der pragmatischen Umsetzung bedarf. Nach Spinoza führt die (wirklich) richtige Erkenntnis zur entsprechenden Handlungsweise, die zwar affektiv gestört und auf dieser Ebene daher durch Erkenntnis und Gegenaffekt therapiert oder durch das staatliche Sanktionssystem zwangsmäßig richtig geleitet werden kann. Im System der Diskurstheorie bedarf es jedoch eines zusätzlichen *Transportierungsakts*. Denn Beschlüsse führen noch zu nichts; sie *bewirken* noch keine Handlungen und Taten trotz gemeinsamer Diskussion und Konsensfindung. Die Differenz liegt also darin, daß Spinoza keinen Rationalismus propagiert, sondern die zeitgenössische Diskussion um das Gegensatzpaar von Vernunft und Leidenschaft gerade als eine *Einheit* begreift, die dem Erkenntnisvorgang und der Handlungsweise im Rechtssystem zugrunde zu legen ist, wie er in TP 10/9 darlegt. Die Diskurstheorie dagegen bleibt einseitig dem Rationalismus verpflichtet, und sie betrachtet daher die Problematik von Erkenntnis- und Handlungswidersprüchen ausschließlich aufgrund der dualistischen Konzeption von Vernunft versus Wille.

Soweit es um die (alte) Frage der richtigen Erkenntnis oder des richtigen Beschlusses geht, beschreibt die Diskursethik dem verständigungsorientierten Gesichtspunkt entsprechend die Leistungen der Handlungskoordination als konsensual-pragmatisches Konfliktlösungsverfahren der Kommunikationsgemeinschaft. Ein formal-prozedurales Kriterium hat daher die Überbrückung innerhalb des historisch rezipierten dualistischen Vernunftbegriffs zu leisten. Die formal-prozedurale Struktur der Diskurstheorie ist somit bewußter *Ausdruck* eines materialen Defizits von Sittlichkeit (im Sinne einer noch im 18. Jh. vertretbaren Position) oder Moralität (im Sinne der kantischen Tradition), das durch die Hintertüre einer *formal-pragmatischen* Konsensfindung wieder wettgemacht werden soll. Mit anderen Worten: Der Verlust (überhaupt) eines ethisch-philosophischen *Standpunkts* soll durch ein *Schrittmuster* der Konsensfindung ersetzt werden. Mit dem Begriff des *Verfahrens* steht oder fällt *daher* die Diskurstheorie. Im Taumel der diskursiven Entfesselungen wird der Verfahrensbegriff selbst als *Fixpunkt* beschworen (Habermas 1992: 229). Die Diskurstheorie ist geradezu panisch in ihm verankert. Im Brennpunkt der Diskurstheorie steht mithin die absolut ratio-

nale Argumentation der Kontrahenten. Darin erweist sie sich als rationalistisch eindimensional. Sie läßt den Aspekt der Affektgetriebenheit, dem wir immer unterliegen, außer acht. Zwar läßt sich der sozialtherapeutische Charakter auf psychoanalytischer Ebene, zumindest als prägende Motivation beim *frühen* Habermas, nicht übergehen.¹⁵ Der heutige Diskursbegriff beruht indes auf einer sprachpragmatischen Ebene, die im Sinne der Sprechakttheorie rationalisiert ist. Dies ist der Sinn des Wandels von der Bewußtseins- zur Sprachphilosophie bzw. von der kognitiv-instrumentellen zur kommunikativen Rationalität der Diskurstheorie. Die Diskurstheorie ist und bleibt daher ein interessantes Gebilde *ohne* praktische Relevanz.

Was der Diskursethik fehlt, ist nicht bloß eine prozedurale Selbstvergewisserung, sondern ein durchgängiges und umfassendes Systemdenken, wie es Spinoza schlüssig darlegte, um jenen gesuchten Zielbereich der Identität von Theorie und Praxis im Handlungs- und Rechtsbereich zu realisieren.

Spinoza entwickelt seine Theorie von Ethik und Politik aufgrund einer ebenso oft wie verschieden interpretierten (und obendrein mißverstandenen) Ursachenlehre des kreatürlichen Daseins (Hecker 1978; Negri). Das Dasein ist als ein umfassendes und aus sich selbst heraus unter den Bedingungen seiner Materialität und Denkbareit Seiendes zu begreifen. Die verstandesmäßige Erkenntnis, wie sie die Diskurstheorie beispielsweise anwendet, stellt im Sinne von Spinozas Erkenntnistheorie die adäquate Idee der formalen Wesenheit einiger Attribute der Ursache ihrer selbst dar. Die diskurstheoretische Selbstdarstellung stimmt mit der allgemeinen Charakterisierung der zweiten Erkenntnisweise des analytisch-synthetischen Denkens im Sinne Spinozas überein. Um jedoch die Wesenheit *der Dinge* (als Kriterium aller Existenz, E 1 Def 1) selbst zu erkennen, bedarf es der dritten Erkenntnisgattung, der Intuition (E 2P40S2), die für die Grundlegung der menschlichen Freiheit im Sinne des vernünftigen Gebrauchs der eigenen Verstandesmacht notwendig ist (E 4P7S; E 5 Praef). Dadurch lassen sich unnötige Querelen im Sinne eines qualifizierenden Sachlichkeitsdenkens zum vornherein ausschalten. Spinoza ist der Ansicht, daß die meisten Streitpunkte, vor allem wenn sie mit Emphase vorgetragen werden, entweder Folgen falscher bzw. mangelnder Erkenntnisse oder aber unklarer Ausdrucks- und Verständnisweisen darstellen. Spinoza kann aufgrund seines die Vernunft und Affekte gleichermaßen berücksichtigenden Konzepts jederzeit schlüssig erklären, weshalb eine von ei-

¹⁵ Zum Verhältnis von Habermas zur Psychoanalyse, vgl.: Habermas 1988, 1 p. 445/6; Ders. 1973, Vorwort + pp. 262–299; Ders. 1968: 162; Zimmerli: 234–239; Kögler: 561–565, 572.

nem Subjekt deklarierte Erkenntnis im Widerspruch zur vorgenommenen Handlung desselben Subjekts steht.

Dagegen setzt die Diskurstheorie die Rationalität der Gesprächsteilnehmer im doppelten Sinne *nur* voraus: 1. Wer sich an einem Gespräch beteiligt, denkt und äußert sich in jedem Fall in der Weise *vernünftig*, daß sich – selbst bei Eintritt von Gesprächsmüdigkeit – noch ein Konsens finden läßt; 2. Alle *Gesprächsteilnehmer* sind nicht nur im Sinne der aufgestellten Diskursregeln *gleichwertige*, sondern insbesondere auch *gleichfähige* und *-willige* Gesprächspartner. Diese Vorausbedingungen entblößen die rationalistische Struktur der Diskurstheorie als ein hohles Gebilde.

B. Konsens und Koordination auf institutionalisierter Grundlage

1. Der Institutionalisierungsgedanke

Spinoza gehört zu den Schöpfern des Gedankens der Institutionalisierung, insbesondere mit Bezug auf die Rechtsgemeinschaft (Walther 1990a+b+1994). Die Institutionalisierung dient der Transformation des explizit dargelegten Affektsteuerungsprogrammes im Sinne des 4. und 5. Teils der Ethik. Auch bei Spinoza ist die Rechtsgemeinschaft – zumindest nach demokratischem Verfassungstyp, den er vertritt – eine Kommunikationsgemeinschaft, die nach dem formalen Kriterium der Zahl der Beteiligten zu vernünftigen Beschlüssen gelangt. Diese vernünftigen Beschlüsse sind keineswegs im voraus inhaltlich bestimmt, also normativ; vielmehr garantiert das Verfahren nur den Ausschluß jener Irrtümer, die den gewählten – hier demokratischen – Verfassungstyp gefährden würden (TTP 16: 194; E 4P37D2S2).

Während die Diskurstheorie den Institutionalisierungsgedanken alleine zum Schutze des Verfahrens einsetzt, damit der *Dialog* nicht durch Machtgebaren *von außen* gestört wird, läßt Spinoza dagegen die Konkurrenz verschiedener Stärken aufgrund der natürlichen Unterschiede der Menschen zu, weshalb er auch verschiedene Erkenntnisstufen unterscheidet (E 2P40S2). Die Gefahr oder Störung tritt nach Spinoza daher *primär von innen* auf, insofern und insoweit der einzelne sein existentielles Selbsterhaltungsstreben unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Präferenz nicht auf kognitiver Ebene zu realisieren imstande ist (TP 2/7+11). Spinoza vermag im Sinne einer formal-ontologischen Erläuterung des Vernunftbegriffs klarzumachen, daß jede ethische oder politische Erkenntnis bzw. Handlung dann *rational* ist, wenn sie als Strukturbedingung *allgemein* der Existenz-

verwirklichung *für alle trotz ihrer je unterschiedlichen Wesensarten* dient. Erkenntnis und Dialog erhalten dadurch eine *ontologisch-intersubjektive* Struktur. Der politische Diskurs auf der Grundlage des demokratischen Verfassungstyps folgt bei Spinoza dieser Regel, die zum vornherein mit individuellen Unzulänglichkeiten rechnet, weshalb das *Verfahren* als solches auch weniger störungsanfällig ist. Im Gegenteil: Der Wechsel des Verfassungstyps ist denkbar, wenn der ursprünglich demokratische Verfassungstyp nicht länger den natürlichen Bedingungen der Kräfte- und Machtverhältnisse entspricht (TP 8/12). Die Institutionalisierung rechtlicher Verfahrensgarantien des demokratischen Prozesses vermag dann niemanden und nichts mehr zu bewahren, wenn das einmal gewählte politische System macht- bzw. kraftlos geworden ist. Der Schutz des demokratischen Verfahrens selbst würde zwecklos.

Spinozas Theorie der Praxis vermag mit Unterschied und Unvernunft also umzugehen und sie integrativ zu bewältigen. Dagegen operiert die Diskurstheorie mit *fingierten* Rationalitätsvoraussetzungen. Weil der Diskurs auf einer künstlichen Basis beruht, bedarf er selbst auch einer umfassenden institutionalisierten Garantie. Bei Spinoza dagegen nimmt der Gedanke der Institutionalisierung im Übergang von einer feudal verfassten Gesellschaft des Mittelalters zu einer (allmählich) zivilen Gesellschaft von gleichrangigen Subjekten im frühneuzeitlichen Territorialstaat eine historische Funktion wahr, insofern er zeigt, wie ein modernes Staatswesen aus diesem Ablösungsvorgang heraus (möglichst rasch) stabilisiert werden kann.

Spinozas *Theorie der Praxis* erklärt mithin schlüssig, *wie* Ethik und Politik *funktionieren* und *wie* sie einzurichten und zu handhaben sind, sodaß sich formalprozedurale Diskurse überhaupt einstellen können. Richtige Erkenntnis muß allerdings die Menschen dazu führen, ihr Staatswesen selbst nach rationalen Kriterien einzurichten, was heißt, daß sie die Existenzbedingungen im Sinne der natürlichen Selbsterhaltung erkennen *und* verwirklichen. Der von der Vernunft geleitete Mensch bedarf letztlich nicht des Mittels der kasernierten Staatsgewalt, die ihn zu richtigem Verhalten antreibt, und umgekehrt bewegt er sich auch in keinem Taumel entfesselter Freiheiten, sondern er begehrt, auf das gemeinsame Leben und den gemeinsamen Nutzen Rücksicht zu nehmen und, wie alle, nach dem gemeinsamen Staatsbeschluß zu leben. Der wirklich Vernünftige handelt somit frei und gleichzeitig richtig im Sinne des gemeinsam verfaßten Staates (E 4P73).

2. Die Verfahrensregeln

Spinoza legt folgerichtig das Schwergewicht auf die Erziehung zur richtigen Erkenntnis, da der Mensch nicht zum Staatsbürger geboren wird. Bildung und Erziehung im Sinne der *libertas philosophandi* stehen im Mittelpunkt. Denn erst sie vermögen zusammen mit der konkreten Institutionalisierung des Verfahrens der politischen Willensbildung in der Demokratie auch die Stabilität des Staatswesens und der Gesellschaft zu gewährleisten.

Die *Diskurstheorie* vermag hierzu ergänzend ein theoretisch reflektiertes und in der Gesellschafts- und Staatspraxis einiger westeuropäischer Territorialstaaten in den letzten drei Jahrhunderten teilweise schon erprobtes *Verfahrensmodell* anzubieten. Zunächst formuliert sie die Diskursregeln in abstrakter und allgemeiner Form unter drei Aspekten (Habermas 1991: 99): 1. Jedes sprach- und handlungsfähige Subjekt ist teilnahmeberechtigt; 2. Jedes Subjekt ist berechtigt, jede Behauptung, die es aufgrund seiner Einstellung, seiner Wünsche und Bedürfnisse äußern kann, in den Diskurs einzuführen und gleichzeitig solche Behauptungen der anderen Diskursteilnehmer zu problematisieren; 3. Jedes Subjekt ist berechtigt, sich inner- und außerhalb des Diskurses frei, d.h. ohne irgendwie gearteten Fremdeinfluß, zu äußern.

Diese fundamentalen Diskursregeln lassen sich in spezifizierter Weise auf das politische Verfahren transformieren (Habermas 1992: 196) und im Sinne einer Diskurstheorie des Rechts auf der Grundlage des demokratischen Rechtsstaats entwickeln. Dadurch wird der politische Meinungs- und Willensbildungsprozeß konkret geregelt. Er läßt sich im Sinne rechtsstaatlicher Verfahrensprozesse institutionalisieren. Die Habermas'sche Diskurstheorie des Rechts bringt hierin zwar nichts Neues, integriert jedoch bislang Bewährtes der Theorie und Praxis der Juristen auf einem soziologisch diversifizierten Niveau. Diese *theoretische* Transformation juridischer und politischer Leistungen der westeuropäischen Gesellschaften kann mit Blick auf ein kohärentes System der institutionalisierten Prozeßregeln von Gesellschaft und Staat die rudimentäre Beziehung des Verfahrens der politischen Meinungs- und Willensbildung auf den Grundlagen von Ethik und Politik bei Spinoza ergänzen.

Im Grundsatz beschreibt Spinoza im 16. Kapitel TTP ein den differenzierten Regeln der Diskurstheorie vergleichbares rationales Prozedere in politischen Angelegenheiten (TTP 16: 194/5): 1. Im demokratisch regierten Staat sind alle gleichberechtigt und nehmen entsprechend an der politischen Willensbildung teil. Diese Voraussetzung gewährleistet die Vermeidung von Irrtümern (mit Blick auf das Kriterium der Vernunft, wonach alle gleichermaßen aufgrund ihrer unter-

schiedlichen Veranlagungen ihr realpolitisches Dasein zu verwirklichen suchen); 2. gleichzeitig gewährleistet dieses Vernunftkriterium auch eine friedliche und freiheitliche Willensbildung. Gewaltanwendung oder Machtgebaren sind ausgeschlossen, denn wer die anderen Teilnehmer am Diskurs nach rationalen Kriterien zu bestimmen sucht, der handelt nicht gewalttätig, sondern lebenswürdig, freundlich und ist mit sich selbst einig (E 4P37D2S1; E 4A11). Entsprechend gilt unter freien Menschen explizit das *Fairnessprinzip* (E 4P72; Habermas 1992: 205/6); 3. Sowohl unter dem Aspekt der Irrtumsvermeidung nach rationalem Kriterium, wonach alle alles zur Sicherung der Rationalität einbringen können und müssen, als auch aufgrund der Entwicklungs- und Bildungsfähigkeit des menschlichen Verstandes, der erst in der diskursiven Auseinandersetzung des Fragens, Hörens und Besprechens geschärft wird (TP 9/14[2]), ist die Chance der *freien* Meinungs- und Willensbildung auf der Grundlage jeder nur *rational* denkbaren Behauptung möglich.

In dem Sinne sind die Menschen wirklich frei, entweder eine gemeinsame Lebensweise nach Vernunft – also in einer kommunikativ erzeugten Form friedlich beschlossener und freiheitlich bestimmter Koexistenz – oder ein gemeinsames staatliches Sanktionssystem zu begründen und zu befestigen. Beides gibt die erforderliche Sicherheit und das Vertrauen in die Gemeinschaft (E 4P37D2S2). Die staatlich organisierte Gemeinschaft beruht, wie Spinoza an dieser Stelle gleich dreifach betont, ausschließlich auf Übereinkunft. Das Prinzip der Übereinkunft läßt sich im Sinne der Diskurstheorie nunmehr *ergänzend* spezifizieren. Die institutionell abgesicherte diskursive Konsensfindung bildet die Grundlage der gesellschaftlichen Koordination der zwischenmenschlichen Handlungen. Gesellschaftliches Handeln auf verständigungsorientiertem Niveau gewährleistet am besten vernünftiges Handeln. Dadurch wird die je individuelle Selbstverwirklichung auf die Ebene der intersubjektiven Koordination im Rechtsstaat nach demokratischer Prägung gestellt.

IV. Ergebnis

Die Ziele von *Ethik* und *Politik*, wie sie *Spinoza* im Anschluß an König Salomo als auf den Prinzipien von Freiheit, Einsicht und Friedfertigkeit beruhend sieht, lassen sich auf der Grundlage eines demokratisch organisierten Staatswesens durch ein Rechtssystem *absichern*. Die Diskurstheorie vermag die spinozistische Gesellschafts- und Staatsphilosophie dahingehend zu ergänzen, daß sie den Verfahrens begriff der politischen Meinungs- und Willensbildung in der Weise spezi-

fiziert und konkretisiert, wie ihn die juristische und politische Theorie und Praxis in den vergangenen drei Jahrhunderten mit unterschiedlichem Erfolg entwickelten. Dadurch gewährleistet sie, daß *verständigungsorientiertes Handeln* im Sinne des spinozistischen Vernunftbegriffs auf der politischen Ebene realisierbar wird.

Die *Diskurstheorie* gewinnt ihrerseits, obwohl sie sich bislang durch eine Abgrenzungsstrategie gegenüber der Gesellschafts- und Staatstheorie des 17. bis 19. Jh. keiner Tradition verpflichtet wußte und sich selbst als postmodernistische Innovation darstellte, ein historisches Fundament im Rahmen der europäischen Entwicklung. Sie kann an *Spinozas Gesellschafts- und Staatsphilosophie* anknüpfen, insofern letztere ein Modell des verständigungsorientierten Handelns auf *monistischer* Vernunftgrundlage bereits entwickelt hat. Darüber hinaus gewinnt die Diskurstheorie auch die Möglichkeit, sich aus ihrer panischen Verklammerung im Verfahrensbegriff lösen und dadurch ihre ursprüngliche Motivation eines ethisch-intellektualistischen Anliegens einlösen zu können. Schließlich gelangt sie über die Auseinandersetzung mit dem Spinozismus aus ihrer rationalistischen Eindimensionalität hinaus, was mit Blick auf die Rechtstheorie entscheidend ist. Denn eine wirklich vernünftige Rechtstheorie muss nicht nur auf systemischer Ebene im Sinne eines in sich geschlossenen Denkens rationalisiert und mit der Lebenswelt rückgekoppelt werden. *Entscheidend* ist vielmehr, daß die Rechtstheorie parallel zu einer *Verständigungstheorie* auf rationaler Ebene ein *Affektsteuerungsprogramm* gleichschaltet. Erst die hinreichend systematische Explikation der irrationalen Komponenten menschlicher Verhaltensweisen auf kognitiver Ebene läßt auch deren rationale Bewältigung zu, und *nur dann* läßt sich das Rechtssystem in der Praxis als institutioneller Garant des herrschaftsfreien Dialogs der menschlichen Kommunikationsgemeinschaft in die Tat umsetzen.

V. Bibliographie

- Apel, Karl-Otto: *Transformation der Philosophie. Band 2: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 165.)
- Apel, Karl Otto: *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 893.)
- Apel, Karl-Otto: «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?» In: *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik*,

- Recht und Wissenschaft*, hg. von K.-O. Apel und M. Kettner, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992 (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 999): 29–61.
- Balibar, Etienne: *Spinoza et la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.
- Bartuschat, Wolfgang: *Spinozas Theorie vom Menschen*. Hamburg: Meiner, 1992.
- Bidney, David: *The Psychology and Ethics of Spinoza. A Study in the History and Logic of Ideas*. New York: Russel & Russel Inc., 1962.
- Den Uyl, Douglas J.: «Sociality and Social Contract: A Spinozistic perspective.» In: *Studia Spinozana* 1 (1985): 10–51.
- Gripp, Helga: «Jürgen Habermas». *Und es gibt sie doch – Zur kommunikationstheoretischen Begründung von Vernunft bei Jürgen Habermas*. Paderborn, München, Wien, Zürich: Schöningh, 1984. (Uni-Taschenbücher 1307.)
- Habermas, Jürgen: *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*. Frankfurt am Main: 1968. (Suhrkamp Edition; 287.)
- Habermas, Jürgen: *Erkenntnis und Interesse. Mit einem neuen Nachwort*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 1.)
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung; Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Frankfurt am Main, 1988. (Suhrkamp Edition 1502.)
- Habermas, Jürgen: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 422.)
- Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Hammacher, Klaus: «Benedictus de Spinoza: Gewißheit in Erkenntnis und Handeln.» In: *Grundprobleme der grossen Philosophen. Philosophie der Neuzeit I*, hg. von J. Speck. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979. (Uni-Taschenbücher 903): 101–138.
- Hecker, Konrad: *Gesellschaftliche Wirklichkeit und Vernunft in der Philosophie Spinozas. Untersuchungen über die immanente Systematik der Gesellschaftsphilosophie Spinozas im Zusammenhang seines philosophischen Gesamtwerks und zum Problem ihres ideologischen Sinngehalts*. Regensburg: Kommissionsverlag Buchhandlung Pustet, 1975.
- Hecker, Konrad: *Spinozas allgemeine Ontologie*. Darmstadt Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. (Erträge der Forschung; 101.)
- Heim, Robert: «Habermas, Freud und die Rationalität.» In: *Psyche. Zeitschrift für Psychoanalyse und ihre Anwendungen* 45 (1991): 561–589.
- Honneth, Axel: «Moderne Gesellschaftstheorien. Kritische Theorie.» In: *Pipers Handbuch der politischen Ideen. Neuzeit: Vom Zeitalter des Imperialismus bis zu den sozialen Bewegungen*, hg. von Iring Fetscher und Herfried Münkler. München, Zürich: Piper, 1987: 601–611.
- Horster, Detlef: *Jürgen Habermas*. Stuttgart: Metzler, 1991. (Sammlung Metzler; 266.)
- Kant, Immanuel: *Kritik der praktischen Vernunft* (Riga: 1788). In: Kant, Werkausgabe Band VII, hg. von W. Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993; 12: 103–302.

- Koegler, Hans-Herbert: *Die Macht des Dialogs. Kritische Hermeneutik nach Gadamer, Foucault und Rorty*. Stuttgart: Metzler, 1992. (Diss. Phil. Frankfurt am Main.)
- Kondylis, Panajotis: *Die Aufklärung im Rahmen des neuzeitlichen Rationalismus*. Stuttgart: Klett, 1986. (Deutscher Taschenbuch Verlag; 4450.)
- Luhmann, Niklas: Rezension zu Band 1 der *Studia Spinozana*. In: *Soziologische Revue* 10 (1987): 111–112.
- Matheron, Alexandre: *Individue et Communauté chez Spinoza*. Paris: Les Editions de Minuit, 1988.
- Müller, Peter: «Kommunikative Ethik.» In: *Geschichte der neueren Ethik. Band 2: Gegenwart*, hg. von A. Pieper, Tübingen: Francke, 1992 (Uni-Taschenbücher, 1702): 235–259.
- Münkler, Herfried: «Die kritische Theorie der Frankfurter Schule.» In: *Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts*, hg. von K. Graf Ballestrem und H. Ottmann. München, Wien, Oldenbourg, 1990: 179–210.
- Negri, Antonio: *Die wilde Anomalie. Spinozas Entwurf einer freien Gesellschaft*. Berlin: Wagenbach, 1982.
- Pieper, Annemarie (Herausgeberin): *Geschichte der neueren Ethik. Band 1: Neuzeit; Band 2: Gegenwart*. Tübingen: Francke, 1992. (Uni-Taschenbücher; 1701/02.)
- Rohls, Jan: *Geschichte der Ethik*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991.
- Stempel, Werner: *Die Therapie der Affekte bei den Stoikern und Spinoza. Eine vergleichende Untersuchung zur Ethik und philosophischen Psychologie*. Kiel: MS publ. 1969. (Diss. Phil. Kiel.)
- Schnädelbach, Herbert: «Vernunft.» In: *Philosophie. Ein Grundkurs. Band 1*, hg. von E. Merten und H. Schnädelbach. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1991: 77–115
- Senn, Marcel: *Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. Eine historische Studie zum Rezeptionsdefizit des Spinozismus im deutschsprachigen Kulturraum*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.
- Senn, Marcel: «Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft.» In: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 15 (1993): 66–77.
- Senn, Marcel: «Rechtsdenken und Menschenbild. Bedeutung und Auswirkung von Baruch de Spinozas Menschenbild auf das Rechtsdenken.» In: *Festschrift für Claudio Soliva*, hg. von C. Schott und E. Petrig Schuler. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994: 311–324. (1994a.)
- Senn, Marcel: «Geld ein bündiger Ausdruck für alle Dinge. Gedanken zu einem profanen Thema der Rechts- und Gesellschaftsphilosophie von Baruch de Spinoza.» In: *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, hg. von H. U. Walder/T. Jaag/ D. Zobl. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994. pp. 545–558. (1994b.)
- Spinoza, Baruch de: *Opera*, hg. von C. Gebhardt (im Auftrag der Heidelberger Akademie der Wissenschaften). Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1925. Nachdruck 1972, 4 Bde (Band 5: Kommentarband, hg. v. A. S. Oko und N. Altwicker, 1987).
- Yovel, Yirmiyahu: *SPINOZA. Das Abenteuer der Immanenz*. Göttingen: Steidl Verlag, 1994.

- Walther, Manfred: «Die Transformation des Naturrechts in der Rechtsphilosophie Spinozas.» In: *Studia Spinozana I* (1985): 73–104.
- Walther, Manfred: «Politik, Moralität und Freiheit in der Philosophie Spinozas. Die Destruktion der «Praktischen Philosophie» und die Begründung einer «analytischen» Wissenschaft von der Politik in der Neuzeit.» In: *Selbstbehauptung und Anerkennung. Spinoza-Kant-Fichte-Hegel*, hg. von H. Girndt. Sankt Augustin: Academia Verlag, 1990: 7–23. (1990a.)
- Walther, Manfred: «Institution, Imagination und Freiheit bei Spinoza. Eine kritische Theorie politischer Institutionen.» In: *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch. Ideengeschichtliche Beiträge zur Theorie Politischer Institutionen*, hg. von G. Göhler und anderen. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990: 246–275. (1990b.)
- Walther, Manfred (Herausgeber): *Spinoza und der deutsche Idealismus*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1992. (Schriften der Spinoza-Gesellschaft; 1.)
- Walther, Manfred: «Freiheit und Notwendigkeit. Die Umgestaltung der praktischen Philosophie durch Spinoza als Irritation und Provokation des ethischen und politischen Denkens der Neuzeit.» In: *Freiheit und Notwendigkeit. Ethische und politische Aspekte bei Spinoza und in der Geschichte des (Anti-) Spinozismus*, hg. von E. Balibar/H. Seidel/M. Walther. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1994: 11–19. (Schriften der Spinoza-Gesellschaft; 3.)
- Welzel, Hans: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 19624 (Nachdruck 1990.) (Jurisprudenz in Einzeldarstellungen; 4.)
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Zimmerli, Walther Ch.: Jürgen Habermas: «Auf der Suche nach der Identität von Theorie und Praxis.» In: *Grundprobleme der grossen Philosophen. Philosophie der Gegenwart IV*, hg. von Josef Speck. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1991, (Uni-Taschenbücher, 1108): 223–270.

Juristenschicksale und Schicksalsjuristen*

Inhaltsübersicht

I. Die Protagonisten und ihre Biographen	359
II. Die Zielvorstellungen der Biographen	360
III. Die Persönlichkeitsbilder der Protagonisten	361
A. Frank	362
B. Mitteis	363
C. von Schwerin	364
IV. Würdigung der Untersuchungen	365
A. Schudnagies	365
B. Simon	366
C. Brun	368
V. Focus	368
A. Auf Wegen zu Erkenntnissen	368
B. Die verschwiegene Dimension des Infanten	370
C. Die triviale Dimension des Erwachsenendaseins	371
D. Das Trauma vom deutschen Drama	372

I. Die Protagonisten und ihre Biographen

Claudius Freiherr von Schwerin (1880–1944) und Heinrich Mitteis (1889–1952) haben für die deutsche Rechtsgeschichte bis auf den heutigen Tag anerkannte Forschungsleistungen hervorgebracht. Zu Recht besteht ein wissenschaftsgeschichtliches Interesse zu erfahren, wer sie als Menschen, Berufsleute und

* Erstpublikation: Juristenschicksale und Schicksalsjuristen (Sammelbesprechung von drei Abhandlungen zur Rechtsgeschichte und -wissenschaft im Nationalsozialismus): Christian Schudnagies, Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs, Frankfurt/M: Lang, 1989. 168 S. (Rechtshistorische Reihe 67); Georg Brun, Leben und Werk des Rechtshistorikers Heinrich Mitteis unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zum Nationalsozialismus, Frankfurt/M: Lang 1991, 207 S. (Rechtshistorische Reihe 83); Wolfgang Simon, Claudius Freiherr von Schwerin, Rechtshistoriker während dreier Epochen deutscher Geschichte, Frankfurt/M: Lang, 1991, 343 S. (Rechtshistorische Reihe 84), in: Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 181–193.

Staatsbürger waren; sie, die als Forscher und Lehrer auch in jener oft mit «Schicksalsjahren» bezeichneten Phase des Nationalsozialismus wirkten.

Eine Untersuchung über Hans Frank (1900–1946), den nationalsozialistischen Juristen, Reichsminister und Machthaber in Polen während des Krieges, erweitert das Betrachtungsfeld noch um einen pragmatischen Aspekt: Als Reichsrechtsführer und Vorsitzender der «Akademie für Deutsches Recht» stand Frank auch mit von Schwerin und Mitteis in Kontakt.

Wolfgang Simon (geb. 1960) befaßt sich mit von Schwerin,¹ Georg Brun (geb. 1958) mit Mitteis² und Christian Schudnagies (geb. 1960) mit Frank³. Alle drei Berichterstatter gehören somit jener Generation an, die in eine – jedenfalls politisch und wirtschaftlich – schicksalsunbeschwerte Zeit hinein geboren wurde und die sich nun anschickt, die Geschichte der Generation ihrer Großväter zwischen Kaiserreich, Weimarer Republik und Drittem Reich zu untersuchen und zu beurteilen.

II. Die Zielvorstellungen der Biographen

Alle drei Untersuchungen finden ihre historiographische Legitimation durch den Nationalsozialismus als epochales Ereignis deutscher Geschichte. Im Mittelpunkt stehen allerdings die Lebensbeschreibungen von drei Personen aus Wissenschaft und Politik, wobei deren Verhalten, Beiträge und Beweggründe im Vorfeld und während des Nationalsozialismus besonders interessieren. Dabei zeigen sich unterschiedliche Gewichtungen.

Simon will das individuelle Verhalten von Schwerins im Vergleich zum allgemeinen Verhalten der Professorenschaft im Universitätsbetrieb beurteilen. Im Verlauf der Untersuchung faßt er die Problemstellung in der Frage zusammen, wieso sich die meisten Juristen, darunter auch von Schwerin, widerspruchslos in

¹ WOLFGANG SIMON, *Claudius Freiherr von Schwerin. Rechtshistoriker während dreier Epochen deutscher Geschichte*. Rechtshistorische Reihe 84, Lang 1991, 343 S. (Davon sind 101 Seiten Anhang mit Tafeln, Verzeichnissen und Register).

² GEORG BRUN, *Leben und Werk des Rechtshistorikers Heinrich Mitteis unter Berücksichtigung seines Verhältnisses zum Nationalsozialismus*. Rechtshistorische Reihe 83, Lang 1991, 207 S. (Davon sind 24 Seiten Anhang mit Verzeichnissen).

³ CHRISTIAN SCHUDNAGIES, *Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs*. Rechtshistorische Reihe 67, Lang 1989, 168 S. mit Bildnis von Frank (Davon sind 13 Seiten Anhang mit Verzeichnissen).

die von den Nationalsozialisten beherrschte Standesorganisation integrierten und die nationalsozialistische Entwicklung insgesamt guthießen.⁴

Brun hingegen interessiert am Beispiel des Einzelschicksals von Mitteis die Frage, welche Möglichkeit für einen bedeutenden Rechtslehrer überhaupt bestand, sich mit dem Regime in einer Weise zu arrangieren, um weiterleben und -arbeiten zu können.⁵

Schudnagies deklariert keine Zielsetzung. Bei ihm steht jedoch offensichtlich die Frage nach der effektiven Macht und Verantwortlichkeit Franks als Generalgouverneur in Polen während des Zweiten Weltkriegs im Brennpunkt der Darstellung.⁶

III. Die Persönlichkeitsbilder der Protagonisten

Jede Persönlichkeit beansprucht Geltung als Individuum. Inwieweit lassen sich die drei Protagonisten dennoch miteinander vergleichen? Trotz charakterlicher Unterschiede weisen die drei Persönlichkeiten Gemeinsamkeiten auf, die auf vergleichbaren psychischen und politischen Sozialisationsbedingungen beruhen. Sie leben überdies örtlich und zeitlich unter vergleichbaren Rahmenbedingungen, die ihre Verhaltensfreiheit begrenzen.

Zudem stehen sie miteinander in Beziehung. Frank gründet 1933 die «Akademie für Deutsches Recht» in München. Ihr Zweck ist der politisch-agitatorische «Rechtskampf», der sich durch die Mitwirkung bedeutender Wissenschaftler legitimieren soll. Die Akademie ist eine elitäre Kaste mit beschränkter Mitgliederzahl. Die Professoren werden mit Geldmitteln und guten Forschungsbedingungen geködert.⁷

Mitteis und von Schwerin gehören der Akademie an, der sie am gleichen Tag beigetreten sind. Von Schwerin zeigt sich eigenwillig, führt Aufträge nicht aus, beteiligt sich aber auch an Projekten, wie die Ahnenerben-Forschung der SS (zusammen mit Karl August Eckhardt und Walter Wüst), die Bibliographie zur Deutschen Rechtsgeschichte und das Handbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (das Vorgängerprojekt des heutigen HRG). Dagegen bleibt Mitteis passiv. Doch

⁴ SIMON (Anm. 1) 5, 131f.

⁵ BRUN (Anm. 2) Vorwort.

⁶ SCHUDNAGIES (Anm. 3) 14 und 50.

⁷ SCHUDNAGIES (Anm. 3) 26ff.; SIMON, (Anm. 1) 156–165.

der gute Eindruck, den Frank von ihm gewinnt, zahlt sich unmittelbar aus: Frank vermittelt Mitteis nach München. Das ärgert von Schwerin, der ebenfalls nach dem Münchener Lehrstuhl strebt. Schon wenige Monate später, nachdem Mitteis mit der NS-Studentenschaft Schwierigkeiten hat, schiebt Eckhardt – damals als zuständiger Abteilungsleiter im Ministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung – Mitteis nach Wien ab und setzt von Schwerin auf den Münchener Lehrstuhl, da von ihm eine einwandfreie Haltung erwartet wird.

Daraus lassen sich allerdings noch keine Schlüsse in bezug auf die Einstellung unserer Protagonisten gegenüber dem Nazi-Regime ableiten. Anpassungswilligkeiten, auch im Sinne von Lippen- und Tintenbekenntnissen, wie sie von Schwerin und Mitteis liefern – selbst das Parteibuch – reichen nicht aus, um als «Echter» qualifiziert zu werden. Der Parteiapparat beobachtet genau, stuft individuell ein und säubert, wie die Beispiele zeigen.⁸ Dennoch lassen sich die drei Protagonisten aufgrund vergleichbarer Sozialisationsbedingungen und einiger weniger gemeinsamer Berührungspunkte vergleichen. Im übrigen stehen nicht sie, sondern die Untersuchungen ihrer Biographen hier im Mittelpunkt des Interesses. Wer sind sie nun in der Darstellung ihrer Biographen?

A. Frank

Schudnagies zeichnet das Bild eines macht- und erfolglosen, aber wortreichen Mannes. Frank erscheint als abgehalfterter Nationalsozialist, der «bis zum Schluß auf seinem Platz ausharren (mußte)».⁹

So harmlos und bedauernswert ist Frank aber keineswegs. Er ist der maßgebliche Mann, der die rechtspolitische Neuorientierung den Juristen in Schrift und Rede programmatisch beibringt und die Justiz im Dritten Reich gleichschaltet.¹⁰

Frank ist zwar mehr ein Potentat im ideologischen als im realen Sinn, denn den brutalen Anforderungen des Tagesgeschäfts in Polen, wo er ein «Teufelswerk» innert zehn Jahren vollbringen soll, ist er nicht gewachsen. Dem rhetorisch Ge-

⁸ BRUN (Anm. 2) 96f., 110, 118; SIMON, (Anm. 1) 20 Anm. 71, 135f., 139f., 218.

⁹ SCHUDNAGIES (Anm. 3) Zitat: 75; so auch: 20, 22, 27f., 42ff., 50–53.

¹⁰ Schudnagies' Doktorvater Dietmar Willoweit hat die Reden und Schriften Franks eingehend analysiert (Deutsche Rechtsgeschichte und «nationalsozialistische Weltanschauung», in: [Hrsg.] M. STOLLEIS/D. SIMON, Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, 1989, 25–42). Das Bild Franks wird dadurch wieder ins richtige Licht gerückt. Denn so bedeutungslos waren weder Justiz noch Jurisprudenz von Beginn des Dritten Reichs an, wie Schudnagies (Anm. 3) einleitend behauptet (13). Dieses Herabspielen und Verschweigen stimmt bedenklich.

wandten mangelt es an realistischem Beurteilungs- und Selbsteinschätzungsvermögen. Einige seiner Nazi-Mitstreiter erkennen diese Schwäche und intrigieren gegen ihn. Frank kompensiert seine Ohnmachtsgefühle mit Festivitäten, Prunk und Prahlerei.¹¹

Mit Schwinden seiner Machtbasis und des Erfolges der Nationalsozialisten realisiert er seine Komplizenschaft im welthistorischen Sinn.¹² Eine «idealistische» Komponente kommt somit zum Tragen. Zudem erkennt er die Gespaltenheit seines Wesens, die er religiös auffängt. Es ist ein böses Erwachen.¹³ Das Schicksal, das er mitformte und -bestimmte, holt ihn selber ein.

B. Mitteis

Mitteis zeigt im Vergleich mit den anderen beiden Protagonisten wohl das ambivalenteste Verhalten dem Nationalsozialismus gegenüber. Einerseits bejaht er aus nationalistischer Gesinnung die neue politische Richtung, die ihn zu Amt und Würde führt, andererseits verneint er aus kollegialen Motiven das neue System in einer konkreten Auswirkung für den akademischen Bereich. Langzeitig führt diese eine Verneinung zu Repressalien und beinahe zu seiner Deportation, jedenfalls aber zur akademischen Exilierung während des Krieges und nach 1945 zu seiner Rehabilitation.

Mitteis steht 1933 auf dem Höhepunkt seiner wissenschaftlichen Karriere. Aufgrund seines Vortrags «Zehn Jahre!», den 1929 noch eine breite Öffentlichkeit als politische und geschichtsklitternde Hetzrede gegen den Versailler Vertrag betrachtet,¹⁴ ist seine deutsch-nationale Haltung zu Beginn des Nazi-Regimes bekannt. Er steht der nationalen Erneuerung wohlwollend gegenüber und wird Mitglied des NS-Dozentenbundes.¹⁵ Nachdem im Wintersemester 1933/34 die Heidelberger Universität gleichgeschaltet und gesäubert ist, wird er Dekan. Doch sein Dekanat endet nach rund vierzig Tagen abrupt.

Mitteis nimmt Stellung gegen die Amtsentfernung von Kollegen aufgrund des «Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933». In einem Fall greift er zum Telefon und äußert seinen Unmut gegenüber dem Führer

¹¹ Nachweise bei SCHUDNAGIES (Anm. 3) 65f., 110 Anm. 5 und 7; 121 Anm. 6 und 8; 136 Anm. 160.

¹² Ebd. 70, 77, 81, 134 Anm. 151.

¹³ Ebd. 77f., 81, 84, 90, 94f., 145 Anm. 9.

¹⁴ BRUN (Anm. 2) 61ff.

¹⁵ DERS., 99ff.

(Rektor) der Universität.¹⁶ Dadurch wird er negativ aktenkundig und seine nationalsozialistische Gesinnungstreue zweifelhaft. Mitteis wird abgesetzt und soll «entfernt» werden. Er geht nach München, wo er die ersten Repressalien erfährt. Der NS-Studentenbund überwacht und plagt ihn, sodaß er nach einigen Monaten die Universität wieder wechselt. Karl August Eckhardt schiebt ihn nach Wien ab.¹⁷ Im März 1938 stehen die deutschen Nationalsozialisten auch in Wien. Mitteis wird an der Ausübung der Lehrtätigkeit gehindert. Am Abend des 22. März steht die Gestapo vor der Tür, Mitteis entgeht der Schutzhaft dank einem beherzten argumentativen Trick seiner Frau. Die Übersiedelung nach Rostock im Jahre 1940 empfindet er als «Strafversetzung», auch wenn sie ihm eine Lehrtätigkeit wieder ermöglicht. Nach Kriegsende wird Mitteis als Opfer des Faschismus anerkannt. Seine Integrität ist für den Wiederaufbau des Wissenschaftsbetriebs gefragt.¹⁸

C. von Schwerin

Wie Mitteis, so verhält sich auch von Schwerin ambivalent. Doch wirkt er eigenbrötlerischer und unzugänglicher,¹⁹ allerdings mit noch ausgeprägterer deutsch-nationaler Haltung als Mitteis, was sich auch im Werk, insbesondere sprachlich, niederschlägt.²⁰ Seine Ambivalenz läßt sich wohl dahingehend beschreiben, er habe mit den Machthabern nichts verderben, die eigene Überzeugung aber auch nicht preisgeben wollen.²¹ So wird er 1938 hinsichtlich seiner weiteren politischen Verwendbarkeit auch seitens des Nazi-Regimes als problematisch beurteilt.²² Konkret äußert sich sein Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Studenten. Die Jüdin Erika Sinauer läßt er unauffällig im Betrieb weiterarbeiten, er trägt aber ebenso hintergründig zur Verhaftung der Geschwister Scholl bei.²³

¹⁶ DERS., 104f.

¹⁷ DERS., 118f.; SIMON (Anm. 1) 135f.

¹⁸ BRUN (Anm. 2) 156.

¹⁹ SIMON (Anm. 2) 205f., 230ff.

²⁰ SIMON (Anm. 2) 97ff., 207, 214ff.

²¹ DERS., 193, 218.

²² DERS., 161.

²³ DERS., 135, 199f., 221f.

IV. Würdigung der Untersuchungen

Alle drei Autoren versuchen, den ihnen zur historischen Beurteilung Anvertrauten gerecht zu werden. Die drei Darstellungen unterscheiden sich qualitativ jedoch in erheblichem Maße voneinander. Schudnagies' Arbeit stellt eher ein Verteidigungsplädoyer als ein abwägendes Forschungsergebnis dar. Bruns Untersuchung ist ein eindruckliches Beispiel für eine anregende und lebendig geschriebene Doktorarbeit. Simons Werk zeigt am klarsten, was Wissenschaft ist. Dazu nun im Einzelnen:

A. Schudnagies

Schudnagies' Ziel ist und bleibt undurchsichtig. Wir finden zwar ein romanhaftes Ablaufprogramm, wie es den landläufigen Ansprüchen an ein *curriculum vitae* über «Aufstieg und Fall» eines NS-Juristen möglicherweise entspricht, jedoch wird das klare Konzept vermißt. Das verrät sich am Detail genauso wie am gesamten Vorgehen. So spricht er einmal von Dr. Frank, ein andermal von Frank. Nur schon die Tatsache der doktoralen Anrede in einer neueren wissenschaftlichen Untersuchung erscheint als befremdliches Relikt aus vergangener Zeit. Ob der Autor sich dessen bewußt ist, daß er letztere Schreibweise ab Kapitel «Schwächung der Position Franks» konsequent verwendet, sei dahingestellt. Zugegeben – eine Lappalie, doch insgesamt bezeichnend, weil sie den Nerv der Sache trifft: Sie widerspiegelt unwillkürlich ein nicht reflektiertes Verhältnis des Autors zu seinem Protagonisten. Verdutzt nimmt der Leser gegen Ende des Buches wahr, daß der Autor das Kalkül des Strafverteidigers Seidl (dem nachmaligen bayerischen Staatsminister des Innern),²⁴ der Frank im Nürnberger Prozeß 1945/46 verteidigte, durchgespielt hat, wonach «Hans Frank zwar de jure eine starke Position an der Spitze der Zivilverwaltung im Generalgouvernement bekleidete, de facto jedoch nur über stark eingeschränkte Befugnisse verfügte».²⁵ Schudnagies hat sich diesem Strategem verschrieben und es im Verlaufe seiner Abhandlung als eine geschichtliche Tatsache eingeführt.²⁶

Dieses Vorgehen ist unzulässig, unabhängig davon, ob die Quellen richtig zitiert werden oder nicht. Ein Autor hat seinen Standpunkt auszuweisen oder es zu unterlassen, ihn verdeckt als eine sachliche Aussage einzuführen. Schudnagies tut

²⁴ SCHUDNAGIES (Anm. 3) 147 Anm. 32.

²⁵ SCHUDNAGIES (Anm. 3) 85.

²⁶ DERS., 28, 33 50ff. 70ff.

das eine ebensowenig, wie er das andere nicht läßt. Von einem Juristen, der auch das Magisterexamen mit Schwerpunkt in Neuerer Geschichte ablegte,²⁷ muß soviel Differenzierung verlangt werden, arbeitet er doch wissenschaftlich und nicht anwaltlich.

B. Simon

Simons Untersuchung stellt genau das Gegenteil dar. Er geht vorsichtig abwägend, aber dennoch gestalterisch souverän ans Werk und zieht den zentralen Aspekt, wie das Verhältnis von Schwerins zum Gedankengut und zur Politik des nationalsozialistischen Regimes einzuschätzen ist, im Vergleich mit dem Zeitgeist der Professorenschaft während den drei Epochen Kaiserreich, Weimarer Republik und Drittes Reich konsequent durch. Sein Urteil scheint ebenso gut belegt wie aus sich heraus schlüssig begründet. Der 101 Seiten umfassende Anhang mit Verzeichnissen, einschließlich Personen- und Sachregister, bestätigt den Eindruck einer insgesamt seriösen Leistung.

Ein Vorbehalt ist jedoch zum Abschnitt 4.II.2: «Die Instrumentalisierung der Geschichtswissenschaft im nationalsozialistischen Staat» anzubringen. Auf Seite 145 scheint die sonst kluge, manchmal sogar übermäßige Vorsicht den Autor verlassen zu haben. Die Aussagen betreffen zwei Feststellungen, wonach von Schwerin heute im Zentrum des Interesses offenbar nur deshalb stehe, weil er sich zufolge seines Todes im Jahre 1944 nicht mehr «reinwaschen» konnte, wie es andere nach dem Krieg taten. Nun habe er als Nestbeschmutzer herzuhalten. Ferner fragt sich Simon ernstlich, ob denn von Schwerins Äußerungen (nationalistischer und nationalsozialistischer Lesart) wirklich eine Kombination von Wünschen, Anbiederung und Mißverständnis oder nicht vielmehr eine «zwangsläufige Verbalisierung der in Jahrzehnten gewonnenen Einsichten eines in einer spezifischen Tradition stehenden Dreiundfünfzigjährigen» gewesen seien. Beide Feststellungen beeinflussen offensichtlich sein abschließendes Urteil, das von Schwerin zum «Opfer seiner <Germanophilie>» stilisiert.²⁸

Die Geschichte vom «Reinwaschen» ist so alt wie alltäglich, so daß Simons Einwendung noch ein gewisses Verständnis entgegengebracht werden darf. Doch Simon deckt die Zusammenhänge des Hand-in-Hand-Geschäfts zwischen dem Wissenschaftler von Schwerin und dem nationalsozialistischen System selber

²⁷ DERS., Rückseite des Buchumschlags.

²⁸ SIMON (Anm. 1) 223.

auf. Das politische System funktioniert, weil es auf dem Prinzip der gegenseitigen Angewiesenheit basiert. Es bedarf der aktiven Legitimation durch namhafte Fachkräfte, und der Wissenschaftler bedarf der Sicherung bzw. Verwirklichung seiner Forschung und Existenz. Wenn sich daraus ein gegenseitiger Nutzen ergibt – und er hat sich für das nationalsozialistische System wie für von Schwerin nachweislich ergeben –, so kann diese Tatsache nicht wieder und vor allem nicht auf diese Art und Weise in Frage gestellt werden. Das ist ja der springende Punkt, daß die Nationalsozialisten den Wissenschaftsbetrieb ganz auf ihre Bedürfnisse einzustellen versuchten und hierzu der Zustimmung seitens der Fachvertreter bedurften. Die Mitmacher waren zur Stelle. Der Widerspruch der ehrgeizigen und nationalistisch eingestellten Wissenschaftler blieb jedenfalls aus. Wir dürfen doch soviel auch aus der Distanz unterstellen: Insgeheim rechnete man mit der Optimierung von Nutzen und Erfolg, nicht mit dem Desaster.

Die Selbstsäuberungsaktion ist eine andere, eine neue Geschichte. Sie ist die Reaktion auf die unverhoffte Kehrtwende, allenfalls eine neue Form des Opportunismus und der Überlebensstrategie, aber kein Zeichen von Einsicht. Zu Recht fordert Simon daher die Erhellung verdunkelter Lebensläufe manch anderer Juristen aus dem Wissenschaftsbetrieb.²⁹ Daraus wird sich jedoch für von Schwerin keine Rehabilitation ergeben. Sein individueller Tatbeitrag ist durch Simon nun erstellt. Im Moment steht von Schwerin zwar noch stellvertretend als eines der wenigen aufgedeckten Beispiele im Zentrum. Doch das Blickfeld wird durch die Forschung erweitert. Simon wirbt mit seiner Arbeit ausdrücklich dafür.³⁰

Die zweite Äußerung, wonach es sich um eine «Zwangsläufigkeit» gehandelt haben soll, verdient indes keine Nachsicht. Erstens sind alle Dreiundfünfzig- und Überjährigen, zweitens ist das Denken selbst und drittens die gelungene Untersuchung Simons vor solchem «Mumpitz» zu schützen. Es ist ja der Autor selber, der die Tradition als verfängliches Stricknetz ausführlich reflektiert; wir können von ihm darin nur lernen. Doch wenn er schlußfolgert, daß sich hieraus nichts weiter als «Zwangsläufigkeiten» ergeben und der Täter gleichsam das Opfer sei, dann unterläuft er dadurch den Wert seiner eigenen Untersuchung.

²⁹ Dazu konkret: B. DIESTELKAMP, *Die Rechtshistoriker der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main 1933–1945*, in: (Hrsg.) M. STOLL-EIS/D. SIMON, *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, 1989, 80f.

³⁰ SIMON (Anm. 1) 4.

C. Brun

Bruns Untersuchung verdient ebenfalls Anerkennung. Sie ist allerdings wesentlich personenzentrierter aufgebaut und steuert unmittelbar auf das Thema des Nationalsozialismus zu. Ihr kommt durch den knapperen und griffigeren Beschreibungsstil auch größere Spannkraft zu, dagegen fehlt es ihr über weite Strecken an der Souveränität des Zusammenführens differenzierter epochaler Aspekte, wie sie die Untersuchung Simons so vorteilhaft auszeichnet. Was wir ahnen, bestätigt sich am Ende. Ein «Sowohl als auch» als Resümee.³¹ Mitteis beweist im Jahre 1933 Kollegialitätssinn, was ihm trotz einer sonst soliden nationalistischen Einstellung und einiger Bücklinge jahrelang Probleme verursacht. So ergeht es aber anderen auch. Hier erweist sich Bruns Erzähltalent eher als problematisch.³² Der Autor entschädigt zwar mit einem überzeugenden Exkurs zu Rechtsgeschichte, Nationalsozialismus und Mitteis. Doch erreicht er sein zentrales Anliegen, am Fall von Mitteis exemplarisch zu veranschaulichen, wie es sich mit dem oder trotz des Nationalsozialismus weiterleben und -arbeiten ließ, nicht voll. Wir lernen zwar die genaueren Umstände des Lebens und Wirkens von Heinrich Mitteis kennen, aber Mitteis erweist sich darin weder als eine hervorragende Persönlichkeit, noch wird die Normalität als exemplarische Struktur herausgearbeitet. Brun schreibt eine gelungene Biographie – nicht mehr, aber auch nicht weniger.

V. Focus

A. Auf Wegen zu Erkenntnissen

Seine Komplizenschaft im welthistorischen Sinne einzugestehen, wenn die Sache schief läuft und am Ende ein Trümmerhaufen übrigbleibt, ist keine Erkenntnisleistung sondern trauriges Erwachen, in dem sich allerdings nochmals größenwahnsinnige Ambitionen trotzig behaupten, Taten von welthistorischer Bedeutung vollbracht zu haben. Frank ist nicht der einzige, der über sich zu spät erstaunte. Noch viele andere können und wollen nach 1945 nicht wahrhaben, was wirklich war. Auch der Sprung zurück zu den natürlichen Quellen des Rechts erscheint unter den gegebenen Umständen mehr als ein fragwürdiger Reflex und nicht als ein rational durchdachter Neubeginn der Rechtswissenschaft. Die Ver-

³¹ BRUN (Anm. 2) 174.

³² Brun lebt als freier Schriftsteller und hat für seinen Erstlingsroman zum Thema «Nationalsozialismus» den Bayerischen Literaturförderpreis 1989 erhalten (Rückseite des Buchumschlags).

gangenheit wird dadurch jedenfalls nicht verarbeitet. Noch heute, wenn wir die nationalsozialistische Epoche als ein diskontinuierliches Ereignis deutscher Geschichte mit den Jahreszahlen 1933–45 ausgrenzen, wiederholen wir historiographisch (unbewußt?) das Dilemma und die Mär vom Fatum, von dem angeblich keiner weiß, woher es kam.³³

Wenn wir verstehen wollen, wie und weshalb Menschen bereitwillig in die Fallstricke eines durch Worte und Taten frühzeitig erkennbaren Gewalt-Regimes laufen, das den Menschen genauso wie den Rechtsstaat verhöhnt, dann können wir es nicht bei der Darstellung «äußerer» Faktoren bewenden lassen, sondern wir müssen uns auch an «verschwiegene Dimensionen»³⁴ heranwagen. Nur ein geistloses Methodenideal, das nach kleinlicher Betrachtungsweise seine Welt zu kalkulieren vermeint, vertraut dem Vordergründigen, dessen es sogleich habhaft werden kann.³⁵

Ein Verhalten ist jedenfalls gerade dort «rational» schwer verständlich, wo wir es nicht mit willentlichen Mitmachern, sondern mit Anpassern und Nutznießern zu tun haben, die sich, wenn ihre Rechnung nicht aufgeht, über ihr Verhalten bloss erstaunt zeigen. Ein solches Verhalten leuchtet vor allem nicht ein, wenn es Juristen an den Tag legen, die sich gewohnterweise durch ihre Fähigkeit des begründeten und verständlichen Widerspruchs auszeichnen. Weshalb verraten sie ihr Berufsethos, daß das Recht der Politik vorzugehen hat? Nun mögen einige «rational» nachvollziehbare Gründe auf der Hand liegen, die das Verhalten erklären: Die Angst vor Repressalien, die Feststellung, wie rücksichtslos gegen Dritte vorgegangen wird, aber auch die Anreize von Sozialprestige und Finanzierungsmitteln, die den Mitmacher locken. Doch sie bleiben nur Erklärungshilfen. Wir wissen, daß sich Menschen in extremen Situationen auch anders verhalten und Widerstand leisten.³⁶ Wenn es also darum geht, das Wesen von Menschen mit ähnlichen Mentalitätsbedingungen zu erfassen, so muß die «verschwiegene Dimension» mitaufgebrochen werden.

³³ Bertold Brecht verfaßte zwischen 1935–39 das Theaterstück «Furcht und Elend des Dritten Reiches», das auszugsweise bereits 1937 unter dem Titel «Deutschland – ein Greuelmärchen» außerhalb Deutschlands gespielt wurde. Es zeigt unaufdringlich die Atmosphäre des Dritten Reiches in verschiedenen Alltagsbezügen.

³⁴ A. O. HIRSCHMANN, *Leidenschaften und Interessen* (1980), 1987, 79.

³⁵ M. SENN, Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft. Erscheint in der Zeitschrift für *Neuere Rechtsgeschichte* 1993.

³⁶ Dazu: A. KLÖNNE, «Rechts oder Links?», in: (Hrsg.) R. FABER, *Konservatismus in Geschichte und Gegenwart*, 1991, 43–55.

Simon gelingt eine Annäherung an ein (differenziertes) Psychogramm in dem Sinne noch am ehesten. Doch ist er überaus vorsichtig. Er versteht seine Untersuchung mangels umfassender Kenntnisse des privaten Lebensbereichs von Schwerins nicht als eine abschließende Biographie. Immerhin gelingt es ihm, den individualbiographischen Ansatz in die epochalen Rahmenbedingungen einzublenden. Die individuelle Persönlichkeit wird dadurch aus ihrer angestammten sozialen Umwelt heraus einigermaßen verständlicher. Brun dagegen gelingt eine entsprechende Darstellung von Mitteis' Persönlichkeit weniger schlüssig. Ziel und Methode stehen schon konzeptionell im Widerspruch. Sein Mitteis-Bild ist eine romanhafte Individualbiographie. Der Protagonist bleibt daher zum vornherein eine singuläre Erscheinung, auch wenn der Autor immer wieder das soziale Umfeld miteinbezieht. Schudnagies bewegt in dieser Hinsicht rein nichts.

B. Die verschwiegene Dimension des Infanten

Bemerkenswerterweise gewichtet keiner der Autoren die gesellschaftspolitischen und mentalen Rahmenbedingungen der Jugendjahre von Claudius, Heinrich und Hans. Simon versucht diese Jahre immerhin noch individualbiographisch zu skizzieren. Doch die Autoren erfassen ihre Protagonisten erst wirklich mit deren Eintritt in die Studienjahre, also mit jener Phase, in der sie als Schreiber nun selber stehen. Der eigene Lebensbereich bestimmt offensichtlich den Wahrnehmungshorizont.

Die Jugendjahre sind jedoch außerordentlich prägend. Das wissen nicht erst die modernen Psychologen, dies praktizieren die religiösen und politischen Fanatiker seit je. Könnte nicht hier ein Zugang zur verschwiegenen Dimension gefunden werden? Der Nährboden für die Persönlichkeitsbildung der drei Protagonisten liegt *vor* der akademischen Lebensphase begründet. Weil wir nichts oder zu wenig wissen, vielleicht aber auch, weil wir diesen Lebensabschnitt bedeutungsmäßig allgemein geringer veranschlagen, lassen wir ihn leicht entgleiten.

Passau, Prag und Karlsruhe sind die Geburtsorte. Claudius verbringt seine Jugendjahre in Straubing und München. Auch Hans wächst in München, Heinrich in Wien und Leipzig heran. Die Reifezeit, insbesondere von Claudius und Hans, erfolgt örtlich und zeitlich betrachtet im Schmelztiegel jener Gedankenwelt, wo

sozialdarwinistische, rassistische, antisemitische und völkische Lehren und Ansichten ihre Hochblüten feiern.³⁷

Der Einbezug der trivialen Alltagswelt aus dem Kindes- und Jugendalter könnte zur Erklärung des einen oder anderen, wenn auch zeitlich später geäußerten Gedankens und Verhaltens jedenfalls dann beitragen, wenn es mentalitätsmäßig begründet erscheint. Nachweise wären zwar regelmäßig nur mittels Indizien möglich, doch dürfte sich auch im historischen Urteilsfindungsprozeß ein überzeugender Gesamteindruck durch eine freie und dennoch plausibel begründete Beweiswürdigung gewinnen und rechtfertigen lassen.

C. Die triviale Dimension des Erwachsenendaseins

Aber auch das Erwachsenendasein ist keineswegs durchrationalisiert. Das geben wir nur vor, weil wir – durch die Leistungen unserer Protagonisten beeindruckt – nichts weiter sehen (wollen). Bei Frank ist der schizoide Charakterzug sogar offensichtlich, aber auch die beiden Gelehrten zeigen Spuren eines trivialen geistigen und seelischen Fundaments, dessen Verhaltenscodices Imprägnaturen aus dem Alltagsbereich sind. Gerade auf solch einfacheren Ebenen treffen sich die zeitbedingten Charaktere wieder.

Die nationalistische Einstellung – durch das Fronterlebnis des Ersten Weltkriegs und die Antipathie zum Versailler Vertrag stark geprägt³⁸ –, hat die Anpassungswilligkeit dieser Wissenschaftler gegenüber dem nationalsozialistischen System allgemein begünstigt. Im Gegensatz zu vielen Kollegen stehen von Schwerin und Mitteis aber bereits im Zenit ihrer Laufbahn zu Beginn des Nazi-Regimes. Sie profitieren von der Säuberung des Wissenschaftsbetriebs von unliebsamen, insbesondere jüdischen Dozenten,³⁹ nicht mehr und ergattern sich dadurch auch keine Aufstiegschance als Gesinnungsgetreue. Dennoch wird ihnen die Aufnahme in die «Akademie für Deutsches Recht» nicht nur eine elitäre Qualifikation, sondern auch die künftig erhöhte Verfügbarkeit von Finanzierungsmitteln bedeutet haben. Und die positiven Anreize für die Mitmacher werden ohnehin durch die Aussicht auf Repressalien für die Verweigerer komplementiert.

³⁷ P. E. BECKER, *Sozialdarwinismus, Rassismus, Antisemitismus und Völkischer Gedanke. Wege ins Dritte Reich*, Teil II, 1990, 500ff.

³⁸ SIMON (Anm. 1) 60 f, 68; BRUN (Anm. 2) 31f., 83, 175.

³⁹ SIMON (Anm. 1) 59, 122. Frank stand dagegen nicht mehr an der Front, doch beteiligte er sich als freiwilliger Reiter an der Niederschlagung der Münchner Räterepublik (SCHUDNAGIES [Anm. 3] 17).

Bei von Schwerin und eindeutiger noch bei Mitteis lassen sich aber auch Abgrenzungen gegenüber dem Machtgebaren erkennen, die auf einem individuell ausgebildeten Charakter beruhen, der zwar nicht als politisch differente Haltung, sondern schlicht als Eigenwilligkeit anzusprechen ist. Die vielgenannte professorale Verschrobenheit hat auch eine positive Seite. Vielleicht war es gerade dieser Charakterzug, der die totale Unterwerfung der akademischen Bereiche durch die Nationalsozialisten letztlich verhinderte. Göring jedenfalls betrachtete die Durchdringung der Hochschulen bereits 1941 als gescheitert.⁴⁰ Auch diese einfacheren Charakterseiten gehören somit zur Biographie.

D. Das Trauma vom deutschen Drama

Ein deutsches Drama in drei Dissertationen also? Mitnichten. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich um ein allgemeines Phänomen, das sich allerdings in Deutschland unter extremen Rahmenbedingungen abspielte. Zwar sind auch die vorliegenden drei Biographien im nationalen Kontext eingebunden und präsentieren dadurch synoptisch gelesen einen Einblick in die deutsche Geistes-, Politik-, Staats- und Wissenschaftsgeschichte der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts. Wissenschaftsgeschichtlich interessiert jedoch das Verhältnis von Wissenschaft und Politik im Nationalsozialismus deshalb besonders, weil sich daran die Normalstruktur des Funktionszusammenhangs zwischen Politik, Gesellschaft und Wissenschaft präziser studieren läßt. Das krasse Beispiel kehrt die Bedingungen des wechselnutzigen Verhältnisses nur umso deutlicher hervor.

Wir leben und arbeiten gegenwärtig nicht unter vergleichbaren Bedingungen. Doch für dieses «Glück» haben wir uns einzusetzen. Die Zeiten ändern sich, und wir uns mit ihnen. Deshalb ist entschieden allen Versuchen zu widersprechen, die von der «Kollektivschuld» während des Nationalsozialismus sprechen und dadurch die Bedeutung des individuellen und konkreten Tatbeitrags herunterspielen. Die persönliche Verantwortlichkeit und die Charakterfrage des Wissenschaftlers sind von gleicher Relevanz wie seine fachliche Kompetenz. Georg Brun hat das für Mitteis' nationalistische Äußerungen in den späten zwanziger Jahren klar erkannt: Wenn ein Professor «Wahrheiten» verbreitet, dann haben diese Aussagen ein anderes Gewicht als die Propaganda des Politikers.⁴¹ Dies bleibt stets zu bedenken.

⁴⁰ SIMON (Anm. 1) 137 Anm. 45.

⁴¹ BRUN (Anm. 2) 63; so auch SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel*, 1982, 197ff.

Die historische Ereignisstruktur des Beispiels «Nationalsozialismus» als eine «nationale» zu betrachten, ist also nur bedingt sinnvoll. Das Phänomen ist allgegenwärtig. Diese Feststellung verharmlost die nationalsozialistische Schandtat nicht. Aber die Gefahr der allzu stringenten und routinierten Thematisierung des Nationalsozialismus besteht gerade darin, durch das örtliche und zeitliche Erscheinungsbild «Deutschland zwischen 1933–45» einen historischen Ausnahmefall zu konstruieren. Solche Optik macht für Vergangenheit und Gegenwart blind. Es gibt nichts, das nicht seine Entstehungsbedingungen hat, und es gibt nichts, das nicht wiederholbar ist. Das negative Beispiel des Nationalsozialismus darf also durch einen verengten «nationalen» Blickwinkel nicht zur historischen Anekdote verkümmern, die von anderen Realitäten des vielgerühmten 20. Jahrhunderts ablenkt.

Gewiß: Es ist zweifelhaft, ob sich aus der Geschichte überhaupt lernen läßt. Aber das ist weniger eine intellektuelle Frage als vielmehr eine Willensfrage. Die Geschichte hat sie zwar bisher abschlägig beantwortet. Müssen wir uns dadurch aber irritieren lassen? – Gleichgültigkeit allein ist unverzeihlich.

In dem Sinn präsentiert sich dem Leser der drei Abhandlungen insgesamt nicht ein örtlich und zeitlich singulärer Fall, sondern eben ein scharf konturierter Ausschnitt aus Geschichte und Gegenwart, wie er immer wieder, wenn auch weniger intensiv, auftreten kann, und worin sich die menschlichen Rollenspieler als das «Schicksal» aufführen, das seine Protagonisten genauso vereinnahmt, wie diese ihrerseits für viele ihrer Zeitgenossen zum «Schicksal» werden.

Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft

Friedrich Hölderlins religiös-politische Utopie*

Inhaltsübersicht

I.	Rezeptionsgeschichte, Problemsicht und Forschungsstand	375
II.	Realität und Utopie von Gesellschaft und Staat der Jahre um 1790 im «Hyperion» und «Empedokles»	378
III.	Standortbestimmung Hölderlins	383
IV.	Hölderlin und die Rechtswissenschaft	385

I. Rezeptionsgeschichte, Problemsicht und Forschungsstand

Es ist weiter nicht erstaunlich, daß Hölderlins Rechtsanschauungen seitens der Philosophie- und Literaturgeschichte nur am Rande Beachtung finden, behauptet doch die Rechtswissenschaft ihre wissenschaftliche Domäne mit dem Argument besonderer Vertrautheit mit Vergesellschaftungsformen. Umso befremdlicher muß daher die Feststellung berühren, daß weder Rechtsgeschichte noch Rechtsphilosophie bisher Interesse an Hölderlin gezeigt haben. Zwar taucht da und dort ein gewisser Hölderlin als Studienkollege von Hegel und Schelling auf.¹ Manchmal findet sich auch ein imposantes Zitat.² Doch an einer eingehenderen

* Erstveröffentlichung in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 10 (1988), 38–46. Umgearbeitete Fassung von «Hölderlins religiöse Utopie», in: Quot capita sententiae, C. Schott zum 50. Geburtstag, 1986 (Zürcher Privatdruck), 59ff.

¹ H. Fenske, Der liberale Südwesten, 1981, 67; R. Zippelius, Geschichte der Staatsideen, 3. Aufl., 1976, 153; K. Röde, Geschichte der europäischen Rechtsphilosophie, 1974, 144; A. Baruzzi, Hegel, in: H. Maier-H. Denzer u.a. (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens II, 1968, 187; K. O. Frh. v. Aretin, Heiliges römisches Reich 1776–1806 I, 1967, 106; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 I, 1957, 14; J. Baxa, Einführung in die romanistische Staatswissenschaft, 2. Aufl., 1931, 119; A. Stoll, F. C. v. Savigny – Professorenjahre in Berlin 11, 1929, 173.

² Aus Gedichten: A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, 36, 202; E. Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, 1961, 129; E. v. Hippel, Mechanisches und moralisches Rechtsdenken,

Auseinandersetzung fehlt es regelmäßig, sieht man von beiläufigen und selbstverständlichen Bemerkungen einmal ab.

Einzig *Erik Wolf* kommt das Verdienst zu, sich mit Hölderlins Rechtsanschauungen gründlicher befaßt zu haben.³ Seine Monographie «Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung» aus dem Jahre 1946 trifft jedoch auf Vorbehalte. Zum einen stört der metaphysische Grundton Heideggerscher Prägung, zum anderen ist das Bild Hölderlins als apolitischer, rein idealistischer und national(istisch)-deutscher Dichter abzulehnen.⁴ *Wolfs* Arbeit steht unter dem für die gesamte Hölderlinsche Rezeptionsgeschichte meines Erachtens charakteristischen Mißverständnis der «vorbildlichen Außergewöhnlichkeit» des Dichters. Generationen haben sich offensichtlich mit Hölderlin zum Zwecke der Selbstbestimmung und Identitätsfindung auseinandergesetzt, um der Erstarrung oder Krise ihrer Epoche zu entkommen. Dabei wurden vorhandene Ansätze bei Hölderlin jeweils überzeichnet. Dies läßt sich von Friedrich Nietzsche bis zu Pierre Bertaux hin nachvollziehen. Als erster hat Nietzsche seinen Zeitgenossen den unzeitgemäßen «Anti-Philister» Hölderlin vorgesetzt.⁵ Die nietzscheanisch inspirierten Strömungen nach der Jahrhundertwende, so die Lebensphilosophie, der Expressionismus, die Jugendbewegung um Ludwig von Pigenot, die Kreise um die Dichter Stefan George und Rainer Maria Rilke, haben diese musterhafte Interpretationsvorgabe übernommen und unter dem Eindruck des Ersten Weltkrieges, des Zusammenbruches der gesellschaftspolitischen Strukturen und der kulturellen Tradition des 19. Jahrhunderts zu einem eigentlichen Hölderlin-Kultus verdichtet.⁶ Auf dessen Breitenwirkung vermochte sich sowohl die nationalsozialistische Propaganda als auch die marxistische Literaturkritik mit einem je eigenen Hölderlin-Gegenbild zu etablieren, während sich das überkommene, mythologische Dichterbild in die metaphysischen Interpretationen christlicher⁷ und existentialistisch-ontologischer⁸ Provenienz übertragen ließ. Hatten sich diese kulturphilosophisch moti-

1959, 165; *O. Spann*, Gesellschaftslehre, 1930, 299; Aus dem Hyperion: *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts III, 1976, 308 N 7; *R. Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1998, 148; *A. Rüstow*, Ortsbestimmung der Gegenwart III, 1957, 398, 467; *W. Röpke*, Die Gesellschaftskrise der Gegenwart, 1942, 131.

³ *E. Wolf*, Grotius, Pufendorf und Thomasius, 1927, 1; *ders.*, Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung, 1946, 9–59; *ders.*, Große Rechtsdenker, 4. Aufl., 1963, 468f., 496, 562.

⁴ *Ders.*, Vom Wesen des Rechts (wie Fn. 3), 10–13, 40ff., 53 Anm. 1.

⁵ *F. Nietzsche*, Unzeitgemäße Betrachtungen I. David Strauss der Bekenner und der Schriftsteller, 1873, Nr. 2.

⁶ *St. Wackwitz*, Friedrich Hölderlin, 1985, 140ff., 33ff.

⁷ *R. Guardini*, Hölderlin. Weltbild und Frömmigkeit, 1939.

⁸ *M. Heidegger*, Hölderlin und das Wesen der Dichtung, 1937, *ders.*, Erläuterungen zu Hölderlins Dichtung, in: *ders.*, Gesamtausgabe IV, 1981.

vierten Deutungsversuche mit Ende des Zweiten Weltkrieges verbraucht und befaßte sich die Wissenschaft aus philologischem Blickwinkel nunmehr mit der historisch-kritischen Edition des Gesamtwerks,⁹ so entfachte der Fund des Hymnenskripts «Friedensfeier» Mitte der fünfziger Jahre erneut eine Grundsatzdebatte, diesmal vorwiegend um den politischen Standort des Dichters.¹⁰ Vor allem die von Bertaux zum Teil schon in den dreißiger Jahren vertretenen Thesen, wonach Hölderlin ein deutscher Jakobiner gewesen sei, der sich später zum Selbstschutz vor politischer Verfolgung geisteskrank gestellt habe, fanden im Zuge der bundesdeutschen Studentenbewegung nach 1968 weitreichende Resonanz.¹¹ Sie vermochten sich zwar wissenschaftlich nicht durchzusetzen, sie beeinflussten die allgemeine Forschungstendenz in West- und Ostdeutschland¹² jedoch nachhaltig. Heute ist der politische Reformwille Hölderlins mit Recht unbestritten, diskutiert werden Ausmaß und Ziel seiner Vorstellungen. *Wolfs* Arbeit ist also ein zeitgeschichtlich befrachtetes Produkt aus der Übergangsphase der Rezeptionsgeschichte, deren Gebrauchswert für unser wissenschaftlich verändertes Verständnis¹³ stark eingeschränkt ist. Auch empfindet der aufmerksame Leser die Ansiedelung des Hölderlinschen Gedankenreichtums im Spannungsfeld einerseits zwischen Platos Objektivismus und andererseits zwischen Kants sowie Fichtes Reflexions- bzw. Tatphilosophie als beengend, sind hier Differenzierungen allein schon deshalb vonnöten, weil sich das Verständnis jener philosophischen Parameter selbst einem Wandel unterzogen hat. Der größte Mangel der Wolfschen Arbeit besteht aus heutiger Sicht jedoch darin, daß drei zentrale Aspekte des Werkes Hölderlins und seiner Wirkungsgeschichte, nämlich die Vereinigungsphilosophie, die nicht zu unterschätzende Bedeutung Spinozas für Hölderlins eigene Entwicklung und der Einfluß Hölderlins auf Hegels Dialektik und Geschichtsphilosophie nicht erkannt werden.¹⁴ Aus methodischer Sicht bleibt anzufügen, daß der begriffs- und geistesgeschichtliche Zugriff nicht mehr

⁹ F. Beissner/A. Beck (Hrsg.) Friedrich Hölderlin. Sämtliche Werke in 8 Bänden, Stuttgarter Ausgabe, 1943ff.

¹⁰ Rüstow, wie Fn. 2, 616f.

¹¹ P. Bertaux, Hölderlin und die französische Revolution, 1968; ders., War Hölderlin Jakobiner?, in: I. Riedel (Hrsg.), Hölderlin ohne Mythos, 1973, 7ff.; ders., Hölderlin Variationen, 1984; Dazu H. Rölleke, Die deutsche Fabeldichtung im Umkreis der französischen Revolution, in: P. Hasubek (Hrsg.), Die Fabel, 1982, 146f.

¹² G. Mieth, Friedrich Hölderlin. Dichter der bürgerlich-demokratischen Revolution, 1978.

¹³ Es wird keine Einheit der Wissenschaft unterstellt. Auch ist sich der Verfasser bewußt, daß Wissenschaft in der Erkenntnis und Erweiterung von Problemzusammenhängen besteht, und der jeweilige Wissensstand das vorläufige Ergebnis einer Diskussion solcher Probleme ist.

¹⁴ Chr. Jamme, «Ein ungelehrtes Buch» (Hegel Studien BH 23), 1983, 118ff.

überzeugt, auch wenn er für seine Zeit als durchaus fortschrittlich zu beurteilen ist.

Es ist aber nicht Aufgabe einer Miszelle, diese Mängel zu beheben. Es gilt vielmehr, die erwähnte Problematik an einigen entscheidenden Punkten in Hinsicht auf unsere Disziplin zu verdeutlichen. Auszugehen ist dabei vom neueren Forschungsstand,¹⁵ der Hölderlins Werdegang wie folgt sieht: Hölderlin denkt und fühlt von Haus aus pietistisch.¹⁶ Um 1790 lernt er die Philosophie Kants und Fichtes kennen und setzt sich besonders mit der Gesellschaftslehre Rousseaus auseinander. Diese Phase weist im dichterischen Werk eine betont politisch-aktivistische Komponente auf.¹⁷ Durch die Begegnung mit der neuplatonischen Vereinigungsphilosophie Shaftesburys, Hemsterhuis' und Herders sowie Friedrich Heinrich Jacobis damals bekanntem Buch über Baruch de Spinoza ist eine Hinwendung zu ontologisch-pantheistischen Strömungen festzustellen. Fortan beschäftigen auch Plato, Leibniz und Spinoza Hölderlins Denken. In seinem Spätwerk versucht er die Bewegung der Weltgeschichte und die Schicksale der Individuen als einen gemeinsamen Prozeß von gesetzmäßigen Wechselwirkungen zu verstehen. Die früheren Denkansätze werden integriert und in der Auseinandersetzung namentlich mit dem Freund Hegel zu einem historisch-dialektischen sowie christologischen Denken erweitert. Im Zentrum dieser entscheidenden Entwicklungsphase stehen der Briefroman «Hyperion oder der Eremit in Griechenland», das dreistufige Tragödienfragment «Der Tod des Empedokles» sowie einige philosophische Studien und Briefe, somit die Schaffensperiode zwischen 1796 und 1799.

II. Realität und Utopie von Gesellschaft und Staat der Jahre um 1790 im «Hyperion» und «Empedokles»

Hölderlin verarbeitet die wesentlichen vereinigungsphilosophischen Gedanken von Einheit, Freundschaft, Gott, Natur, Liebe, Freiheit, Schönheit in den erwähnten Werken «Hyperion» und «Empedokles». Beide Werke sind dichterische Gleichnisse einer menschlicheren Gesellschaft. Sie beinhalten mitunter aber auch herbe Zeitkritik. Wie Hölderlin zu seiner Übersetzung der «Antigone» anmerkt, geht es nicht nur darum, sich im dichterischen Werk Idealzustände, also die

¹⁵ Wackwitz, wie Fn. 6, 14f., 56f., 70, 73ff., Jamme, wie Fn. 14, 99f., 342f.

¹⁶ Dazu R. Vierhaus, Staaten und Stände 1648–1763, 1984, 138.

¹⁷ Dazu Chr. Prignitz, Friedrich Hölderlin, 1976, 41.

denkbar günstigsten Entwicklungsmöglichkeiten einer historischen Situation vor Augen zu halten; es geht ebenso sehr darum, als Dichter die wirkliche Welt in verringertem Maßstab darzustellen.¹⁸

Der Roman «Hyperion» handelt von beidem. Zunächst handelt das Werk von der Utopie einer Renaissance antik-griechischer Lebensverhältnisse, wie Hölderlin sie als geschichtliche Realien annimmt.¹⁹ Er bezeichnet die Idee der Schönheit als höchsten Vernunftakt. Poesie gilt daher als Lehrerin der Menschheit, und die Philosophie des Geistes heißt deshalb eine ästhetische Philosophie.²⁰ Also kann «der neue Geisterbund ... in der Luft nicht leben, die heilige Theokratie des Schönen muß in einem Freistaat wohnen, und der will Platz auf Erden haben und diesen Platz erobern wir gewiß».²¹ «Das stolze Bild des werdenden Freistaates» und der belebende Geist des «Alles für jeden und jeder für alle»²² zerbrechen aber an der Rohheit und Raserei der knechtischen Zeitgenossen, die im Namen der Freiheit plündern, rauben, vertreiben, morden, schlachten.²³ Tiefe Depres-

¹⁸ F. Beissner/J. Schmidt (Hrsg.), Hölderlin, Werke und Briefe II, 1969, 790 (Anmerkungen zur Antigonä Nr. 3 Schluß) Diese Ausgabe wird im folgenden zitiert.

¹⁹ «Es ist eine bessere Zeit, die suchst du, eine schönere Welt. Nur diese Welt umarmtest du in deinen Freunden, du warst mit ihnen diese Welt//... Du wolltest keine Menschen, glaube mir, du wolltest eine Welt. Den Verlust von allen goldenen Jahrhunderten, so wie du sie, zusammenge-drängt in Einen glücklichen Moment, empfandest, den Geist von allen Geistern besserer Zeit, die Kraft von allen Kräften der Heroen, die sollte dir ein Einzelner, ein Mensch ersetzen! .../Darum, weil du alles hast und nichts, weil das Phantom der goldenen Tage, die da kommen sollen, dein gehört, und doch nicht da ist, weil du ein Bürger bist in den Regionen der Gerechtigkeit und Schönheit, ein Gott bist unter Göttern in den schönen Träumen, die am Tage dich beschleichen, und wenn du aufwachst, auf neugriechischem Boden stehst.» (I, 353; = Hyp I/2 Nr. 16). Ferner der sog. «Athenerbrief» I, 362ff. (Hyp I/2 Nr. 19), nachfolgend (Fn. 20) daraus zit.

²⁰ Vgl. dazu den sog. «Athenerbrief» aus Hyperion I/2 Nr. 19: «Der Mensch ist aber ein Gott, sobald er Mensch ist. Und ist er ein Gott, so ist er schön ...//So war der Athener ein Mensch ... Schön kam er aus den Händen der Natur, schön, an Leib und Seele, wie man zu sagen pflegt./Das erste Kind der menschlichen, der göttlichen Schönheit ist die Kunst. In ihr verjüngt und wiederholt der göttliche Mensch sich selbst. Er will sich selber fühlen, darum stellt er seine Schönheit gegenüber sich. So gab der Mensch sich seine Götter. Denn im Anfang war der Mensch und seine Götter Eins, da, sich selber unbekannt, die ewige Schönheit war. – Ich spreche Mysterien, aber sie sind. –/Das erste Kind der göttlichen Schönheit ist die Kunst. So war es bei den Athenern./Der Schönheit zweite Tochter ist die Religion. Religion ist Liebe der Schönheit ... Auch so wars bei den Athenern. Und ohne solche Liebe der Schönheit, ohne solche Religion ist jeder Staat ein dürr Gerippe ohne Leben und Geist. ...//Aus der Geistesschönheit der Athener folgte denn auch der nötige Sinn für Freiheit./Der Ägypter trägt ohne Schmerz die Despotie der Willkür, der Sohn des Nordens ohne Widerwillen die Gesetzesdespotie, die Ungerechtigkeit in Rechtsform; .../Der Athener dagegen kann die Willkür nicht ertragen, weil seine göttliche Natur nicht will gestört sein ...» (I, 365f.).

²¹ I, 379 (Hyp II/1 Nr. 3).

²² I, 395 (Hyp II/1 Nr. 15).

²³ I, 399 (Hyp II/1 Nr. 19).

sion²⁴ und Fatalismus²⁵ prägen die folgenden Schilderungen. Gefaßt, noch weniger zu finden, kommt Hyperion nach Deutschland. Hier herrschen Kleinbürgerlichkeit, materialistische Gesinnung, Kälte und Enge unter den Menschen, es ist eine Gesellschaft, die mit dem «Fluch der gottlosen Unnatur» behaftet ist.²⁶ Die Enttäuschung kehrt sich nun in offene Entrüstung. Doch es gilt aus- und durchzuhalten. Im tiefsten Leid ertönt endlich das Lebenslied von neuem. Gleich dem Herzen, in dem zweierlei Blut zusammenfließt und wieder ausströmt, ist das Leben, und «wie der Zwist der Liebenden, sind die Dissonanzen der Welt. Versöhnung ist mitten im Streit und alles Getrennte findet sich wieder».²⁷ Hölderlins «Hyperion» stellt folglich eine Bilanz der gesellschaftlichen Realität Deutschlands der Jahre um 1790 und der Wirkungen der französischen Revolution auf die Epoche, gemessen an einem antik-religiösen Humanismus, dar.²⁸

Nicht weniger ist Empedokles, nach Hölderlins eigener Beschreibung, ein religiöser und politischer Reformator.²⁹ Seine Utopie beruht auf denselben ideellen Grundlagen wie das Gesellschafts- und Staatsideal Hyperions, nämlich auf Liebe, Güterteilung und Gleichheit sowie auf der Forderung, die traditionellen, das heißt knechtischen Vergesellschaftungsformen aufzugeben.³⁰ Allerdings wandelt sich

²⁴ I, 409f. (Hyp II/2 Nr. 4).

²⁵ I, 423 (Hyp II/2 Nr. 6 «Hyperions Schicksalslied») und I, 433 (Hyp II/2 Nr. 6 Schluß).

²⁶ I, 434 (Hyp II/2 Nr. 7). – «Barbaren von alters her, durch Fleiß und Wissenschaft und selbst durch Religion barbarischer geworden, tiefunfähig jedes göttlichen Gefühls .../Es ist ein hartes Wort und dennoch sag ichs, weil es Wahrheit ist: ich kann kein Volk mir denken, das zerrissener wäre, wie die Deutschen. Handwerker siehst du, aber keine Menschen, Denker, aber keine Menschen, Priester, aber keine Menschen, Herren und Knechte, Jungen und gesetzte Leute, aber keine Menschen .../Die Tugenden der Deutschen sind ein glänzend Übel und nichts weiter; denn Notwerk sind sie nur, aus feiger Angst, mit Sklavenmühe ...//Es ist auf Erden alles unvollkommen, ist das alte Lied der Deutschen» (I, 433ff.; Hyp II/2 Nr. 7). – «Der günstige Einfluß, den die philosophische und politische Lektüre auf die Bildung unserer Nation haben, ist unstreitig, und vielleicht war der deutsche Volkscharakter ... gerade jenes beiderseitigen Einflusses vorerst bedürftiger als irgendeines andern. Ich glaube nämlich, daß sich die gewöhnlichsten Tugenden und Mängel der Deutschen auf eine ziemlich bornierte Häuslichkeit reduzieren lassen ... es spricht eben nicht für die Apostel der Beschränktheit, daß unter den Alten, wo jeder mit Sinn und Seele der Welt angehört, die ihn umgab, weit mehr Innigkeit in einzelnen Charakteren und Verhältnissen zu finden ist als zum Beispiel unter uns Deutschen ...// ... die Besten unter den Deutschen meinen meist noch immer, wenn nur erst die Welt hübsch symmetrisch wäre, so wäre alles geschehen. O Griechenland, mit deiner Genialität und deiner Frömmigkeit, wo bist du hingekommen?» (II, 888f.; Brief an Bruder 1.1.1799). – Dagegen noch zwei Jahre zuvor in einem Brief an Ebel vom. 10.1.1797 (II, 664).

²⁷ I, 439 (Hyp II/2 Nr. 8).

²⁸ Wackwitz, wie Fn. 6, 63.

²⁹ II, 582 (Grund zum Empedokles).

³⁰ «So wagt's! was ihr geerbt, was ihr erworben,/Was euch der Väter Mund erzählt, gelehrt,/Gesetz und Brauch, der alten Götter Namen,/Vergeßt es kühn, und hebt, wie Neugeborne,/Die Augen auf

sein Selbstverständnis im Verlauf der drei Fassungen. Anfangs will er nur sich selbst sein,³¹ entsprechend dient sein Tod der Bewältigung persönlicher Konflikte.³² Dagegen gewinnt der Empedokles der dritten Fassung christologische Züge sowohl von der Passionsgeschichte als auch von seiner Erlöserfunktion her: Er erscheint als «neuer Retter», in dem «der Streit der Welt» milde wird, und der Menschen und Götter miteinander aussöhnt.³³ Sein Tod wird zugleich zum Ende einer ganzen Ära.³⁴ «So individualisiert sich seine Zeit in Empedokles, und je mehr sie sich in ihm individualisiert, je glänzender und wirklicher und sichtbarer in ihm das Rätsel aufgelöst erscheint, umso notwendiger wird sein Untergang».³⁵

Die Utopie einer menschlicheren Gesellschaft vollzieht sich nicht durch gewaltsame Auseinandersetzung und gesellschaftspolitische Machtverschiebung,³⁶ wie die Nähe zur französischen Revolution vermuten ließe. Nach Hölderlin behandelt jeder Staat freie Menschen als mechanisches Räderwerk, weshalb er «aufhören» soll.³⁷ Die Utopie kann sich daher nur im und durch den Einzelmenschen selbst

zur göttlichen Natur,/... dann reicht die Hände/Euch wieder, gebt das Wort und teilt das Gut,/O dann ihr Lieben teilet Tat und Ruhm/Wie treue Dioskuren; jeder sei,/Wie alle, – wie auf schlanken Säulen, ruh/Auf richtgen Ordnungen das neue Leben/Und euren Bund befest'ge das Gesetz.» (II, 511; 1 Emp II/4).

³¹ II, 465 (1 Emp I/1 in der Beschreibung der Panthea).

³² II, 522 (1 Emp II/6).

³³ II, 562 (3 Emp I/3 in der Beschreibung des Manes). Zur christologischen Dichtung, vgl. insbesondere die Hymnen «Der Einzige» (I, 168ff.), «Patmos» (I, 176ff.) sowie das Fragment; «An die Madonna» (I, 208ff.), die Perle der Hölderlinschen Dichtung.

³⁴ II, 564 (3 Emp I/3 in der eigenen Darstellung).

³⁵ II, 578 (Grund zum Empedokles); vgl. ferner II, 885f. (Brief an Sinclair 24.12.1798).

³⁶ II, 581 (Grund zum Empedokles), sowie die Ablehnung des Bundes der Nemesis in Hyp II/2 Nr. 5 (I, 419f.) in Verbindung mit Hyp I/1 Nr 7 (I, 320ff.).

³⁷ « ... Von der Natur komme ich aufs Menschenwerk. Die Idee der Menschheit voran – will ich zeigen, daß es keine Idee vom Staat gibt, weil der Staat etwas mechanisches ist, sowenig als es eine Idee von einer Maschine gibt. Nur was Gegenstand der Freiheit ist, heißt Idee. Wir müssen also auch über den Staat hinaus! – Denn jeder Staat muß freie Menschen als mechanisches Räderwerk behandeln; und das soll er nicht; also soll er aufhören». (II, 647). Bei diesem Text handelt es sich um das sog. «Älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus», das (vermutlich) von den Tübinger Stiftlern Hegel, Schelling und Hölderlin nach gemeinsamer Diskussion verfaßt wurde. Hölderlins Einfluß wird dabei als maßgeblich angesehen, insbesondere was die Kernstelle des Stücks, den Entwurf einer Philosophie der Ästhetik, anbetrifft (vgl. dazu den gleichzeitig [ca. 1796] entstandenen «Athenerbrief» im «Hyperion» zit. in Fn. 20); ferner fällt auch eine Briefstelle aus späterer Zeit als inhaltliche Parallele ins Gewicht, die auf die maßgebliche Konzeption des Programms seitens Hölderlins hinweist: « ... am Ende ist es doch wahr, je weniger der Mensch vom Staat erfährt und weiß, die Form sei, wie sie will, um desto freier ist er./Es ist überall ein notwendig Übel, Zwangsgesetze und Exekutoren derselben haben zu müssen. Ich denke, mit Krieg und Revolution hört auch jener moralische Boreas, der Geist des Neides auf, und eine schönere Geselligkeit als nur die ehrenbürgerliche mag reifen.» (II, 933; Brief an Landauer, ca. Frühjahr 1801).

realisieren. Dessen Aufgabe und Leistung besteht gerade darin, seine «göttliche» Funktion für seine Mitmenschen und Zeit zu erkennen und wahrzunehmen, indem er die herrschenden Gegensätze in sich austrägt und zum Ausgleich bringt, auch wenn dies den Opfertod fordert.³⁸ Durch seine Selbstpreisgabe wirkt er aber als Vorbild auf seine Epoche zurück, wodurch er zur Vervollkommenung der menschlichen Gesellschaft beiträgt.³⁹ Es geht somit um eine Revolutionierung von Geist und Charakter des Menschen mit den Mitteln von Philosophie, Kunst und Religion.⁴⁰ Die natürliche Folge ist die entsprechende Veränderung der Vergesellschaftungsformen.⁴¹ Dieses Ziel der Vervollkommenung muß allerdings erarbeitet werden. Hölderlin versteht und beschreibt diesen Arbeitsvorgang in der ihm eigenen Sprache als historisch-dialektischen Prozeß.⁴² Die Vollendung ist das Ergebnis eines jeweils höchsten Streits; sie erweist sich als Einheit der Entgegensetzungen. In ihrer antithetischen Kulmination gleichen sich das Individu-

³⁸ «O ich seh es nun, ich weiß es nun, was ich oft geahnet, der Mensch ist ein Gewand, das oft ein Gott sich umwirft, ein Kelch, in den der Himmel seinen Nektar gießt, um seinen Kindern vom Besten zu kosten zu geben» (I, 359; Hyp I/2 Nr. 17); vgl. dazu: «Mnemosyne III» Vers 47 (I, 202); ferner: «... Es muß/Bei Zeiten weg, durch wen der Geist geredet./Es offenbart die göttliche Natur/Sich göttlich oft durch Menschen ... » (II, 517; 1 Emp II/4).

³⁹ II, 576ff. (Grund zum Empedokles); – «Das Leben zu fördern, den ewigen Vollendungsgang der Natur zu beschleunigen, – zu vervollkommen, was er vor sich findet, zu idealisieren, das ist überall der eigentümlichste, unterscheidendste Trieb des Menschen. .../So gehet das Größte und Kleinste, das Beste und Schlimmste der Menschen aus Einer Wurzel hervor, und im Ganzen und Großen ist alles gut und jeder erfüllt auf seine Art, der eine schöner, der andre wilder seine Menschenbestimmung, nämlich die, das Leben der Natur zu vervielfältigen, zu beschleunigen, zu sondern, zu mischen, zu trennen, zu binden. Man kann wohl sagen, jener ursprüngliche Trieb des Idealisierens oder Beförderns, Verarbeitens, Entwickelns, Vervollkommnens der Natur belebe jetzt die Menschen größtenteils in ihren Beschäftigungen nicht mehr, und was sie tun, das tun sie aus Gewohnheit, aus Nachahmung, aus Gehorsam gegen das Herkommen, aus der Not, in die sie ihre Vorväter hineingearbeitet und -gekünstelt haben./Philosophie und schöne Kunst und Religion, diese Priesterinnen der Natur wirken demnach zunächst auf den Menschen ... besonders die Religion, daß sich der Mensch, dem die Natur zum Stoffe seiner Tätigkeit sich hingibt, den sie, als ein mächtig Triebbad, in ihrer unendlichen Organisation enthält, daß er sich nicht als Meister und Herr derselben dünke und sich in all seiner Kunst und Tätigkeit bescheiden und fromm vor dem Geiste der Natur beuge, den er in sich trägt, den er um sich hat, und der ihm Stoff und Kräfte gibt ... » (II, 898ff.; Brief an Bruder 4.6.1799).

⁴⁰ I, 365 (Hyp I/2 Nr. 19); II, 635ff. (Über Religion); II, 648f. (Systemprogramm); II, 899ff. (Brief an Bruder zit. in Fn. 39).

⁴¹ Hierin erweist sich Hölderlin dem idealistischen Denken, dem Zeitgeist somit verpflichtet. Selbst Napoleon I. äußerte sich in dem Sinn: «Wissen Sie, was mich auf dieser Welt am meisten in Erstaunen setzt? Es ist die Ohnmacht der materiellen Gewalt. Es gibt auf der Welt nur zwei Dinge, das Schwert und den Geist. Auf die Dauer ist es immer der Geist, der über das Schwert siegen wird» (zit. nach G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, 173 Anm. 1).

⁴² I, 465f. (Hyp-Fragm., Pyrgo in Morea, Schluß); II, 547ff., 577ff., 581f. (Grund zum Empedokles); II, 614f., 621f. (Über die Verfahrensweise des poetischen Geistes); II, 641ff. (Das Werden im Vergehen); II, 886 (Brief an Sinclair 24.12.1798); II, 904 (Brief an Neuffer 3.7.1799)

elle und Allgemeine, Mensch und Gesellschaft, Gegensätze überhaupt, für einen Moment – vorläufig also – aus. Das vereinigungsphilosophische Ziel, das mit den Worten Heraklits als «Eins und Alles» umschrieben wird,⁴³ stellt sich somit für kurze Zeit in einer geschichtlich-realen Situation ein. Das Ergebnis ist Frieden, wo «nur der Liebe Gesetz, das schönausgleichende gilt von hier an bis zum Himmel».⁴⁴ Allerdings läßt sich dieses Gesetz der göttlichen Natur nicht in Rechtsbüchern festschreiben. Es muß, soll es Wirkung entfalten, im Herzen der Gemeinde sein.⁴⁵ Dann auch ist das Ideal aller menschlichen Gesellschaft, die «ästhetische Kirche»,⁴⁶ Wirklichkeit.

III. Standortbestimmung Hölderlins

Ziel dieses historisch-dialektischen Prozesses ist also die Verwirklichung einer religiös-politischen Utopie, die mit der Metapher der «ästhetischen Kirche» angesprochen wird. Darunter ist die aus den Zeitwirren hervorgegangene Gemeinschaft gleichwertiger und -berechtigter Menschen zu verstehen, die in der gemeinsamen Liebe zum Schönen den Ausgleich gleichsam horizontal (unter den Menschen), vertikal (zwischen Himmel und Erde) und temporal (durch die Geschichte hindurch) gefunden hat, und somit die Erfüllung und das Ende aller Zeiten darstellt.⁴⁷ Die Tübinger Stiftler Hegel, Hölderlin und Schelling kannten bereits ein ähnliches Losungswort von Immanuel Kant her: «Reich Gottes»⁴⁸. Im Gegensatz zu Hegel entwickelt Hölderlin die ursprüngliche Idee des kommenden Reich Gottes auf Erden in seinem Werk weiter. Hegel, der im Rückblick auf die Studienzeit diese Ideen als Phantastereien abtut,⁴⁹ sucht, darin Hobbes folgend, die jeweils herrschende Staatsgewalt als rechtmäßige Ordnung zu legitimieren.⁵⁰ Er setzt damit die über Leibniz und Kant tradierte Dichotomie Pufendorfs zwi-

⁴³ I, 297 (Hyp I/1 Nr. 2); I, 339 (Hyp I/2 Nr. 3); I, 367, 375 (Hyp I/2 Nr. 19); I, 383 (Hyp II/1 Nr. 6); II, 555 (3 Emp I/2).

⁴⁴ I, 166 (Friedensfeier Endfassung, Verse 86–90).

⁴⁵ I, 398 (Hyp II/1 Nr. 17 Schluß).

⁴⁶ II, 900 (Brief an Bruder 4.6.1799); I, 320 (Hyp I/1 Nr. 7); II, 849 (Brief an Ebel 9.11.1795); ferner s. Fn. 48 nachfolgend.

⁴⁷ *Jamme*, wie Fn. 14, 185.

⁴⁸ II, 825 (Brief an Hegel 10.7.1794); Dazu *A. Beck*, Artikel «Hölderlin», in: RGG III, 3. Aufl., 1959, 395f.; zur Herkunft der Metapher, hier jedoch als regulatives Prinzip verstanden: *I. Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1. Aufl., 1793), 2. Aufl., 1794, 131ff., 140ff.

⁴⁹ *Wackwitz*, wie Fn. 6, 14.

⁵⁰ *H. Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, 181.

schen natürlicher und normativer Ordnung fort,⁵¹ während Hölderlin sie in seinem vereinigungsphilosophischen Rechtsbegriff gerade überwindet.

Damit steht Hölderlin auf neuplatonischem Boden. Es ergeben sich indes auch, und dies bedarf besonderer Betonung, gewichtige Parallelen zu Spinoza. Beide gehen davon aus, daß der Mensch dem Menschen ein Gott sei,⁵² in offensichtlicher Opposition zu Hobbes' «homo homini lupus». Beide deuten die soziale Dimension der menschlichen Gesellschaft kosmisch als Einheit mit der Natur, und beide wollen letztlich die institutionalisierten Herrschaftsformen zugunsten der Freiheit der Menschen abgeschafft wissen.⁵³

In den Rechtsanschauungen Hölderlins mischen sich demnach zwei Tendenzen auf originelle Weise. Zum einen gelingt es ihm, philosophiegeschichtlich so paradoxe Systeme Platos, Spinozas, Kants, Fichtes und Rousseaus auf hohem intellektuellem Niveau zu vereinigen und seine Gedanken überdies in einer unerreicht schöpferischen Sprache wiederzugeben. Gleichzeitig vermag er auch kraft seines eigenen philosophischen Standorts seinem Freund Hegel den für die gesamte Phi-

⁵¹ K.H. Ilting, Artikel «Naturrecht», in: GG IV, 1978, 288.

⁵² I, 316 (Hyp I/1 Nr. 7); I, 365 (Hyp I/2 Nr. 19), vgl. Fn. 20; II, 885 (Brief an Sinclair 24.12.1798). – B. de Spinoza, Ethik, 1677, IV 35 FS 2 Anm.

⁵³ „O du ... den ich Schöpfer des Himmels nannte und der Erde, freundlich Idol meiner Kindheit, du wirst nicht zürnen, daß ich deiner vergaß! – Warum ist die Welt nicht dürftig genug, um außer ihr noch Einen zu suchen?“ (Hölderlin hat hierzu eine, übrigens die einzige, Fußnote im «Hyperion» gesetzt: «Es ist wohl nicht nötig, zu erinnern, daß dererlei Äußerungen als bloße Phänomene des menschlichen Gemüts von Rechts wegen niemand skandalisieren sollten»; I, 300; Hyp I/1 Nr. 3). –; Absolute Freiheit aller Geister, die die intellektuelle Welt in sich tragen, und weder Gott noch Unsterblichkeit außer sich suchen dürfen» (II, 648; Systemprogramm). – Vgl. ferner II, 671, 673 (Kommentare zu den Pindarfragmenten «Das Höchste» und «Die Asyle»). – II, 801 (Brief an die Mutter ca. 1791, wo Spinoza als großer, edler Mann des vorigen Jahrhunderts genannt wird, auch wenn er nach strengen Begriffen als Gottesleugner gelte). – II, 839 (Brief an Hegel 26.1.1795, wo er sich mit Fichtes Philosophie auseinandersetzt und dessen Begriff des absoluten Ich, das alle Realität enthalte, mit Spinozas Substanzbegriff gleichsetzt). – II, 935f. (Brief an Bruder ca. 1801, wo er das «Principium A Deo» zweimal als «Bundeserneuerung» (und auch zur Aussöhnung mit dem Bruder) preist, und dann, dieses principium erklärend, fortfährt: «Alles unendliche Einigkeit, aber in diesem Allem ein vorzüglich Einiges und Einigendes, das, an sich, kein Ich ist, und dieses sei unter uns Gott!)). Zum Ganzen ist zu bemerken, daß der Hegel-Biograph Rosenkranz Mitte des 19. Jahrhunderts bereits im Vergleich mit Hegel an Hölderlin kritisierte, dieser sei nicht über Spinozas angestrebte Verbindung von Theorie und Praxis hinausge-
langt (H. Kiesewetter, Von Hegel zu Hitler, 1974, 166). – Zu Spinoza: B. de Spinoza, Theologisch-Politischer Traktat, 1670, XX (Abs 6), XVII; K. Hammacher, B. de Spinoza: Gewißheit in Erkenntnis und Handeln, in: J. Speck (Hrsg.), Grundprobleme der großen Philosophen. Philosophie der Neuzeit I, 1979, 133f.; Zippelius, wie Fn. 1, 100f.; M. Walther, Die Transformation des Naturrechts in der Rechtstheorie Spinozas, in: Der Staat 25, 1986, 55ff.; K. Hecker, Spinozas allgemeine Ontologie, 1978, 112ff., 116f.

losophiegeschichte folgenreichen Weg zur Dialektik historischer Prozesse zu weisen. Zum anderen gelingt es ihm aber auch, seine Reformvorstellungen volkserzieherisch wirksam auszudrücken. Mit seinem Gesellschaftsbild knüpft er nämlich an standardisierte Vorstellungen an: Nach Adelungs Enzyklopädie verstehen die Zeitgenossen unter «Gesellschaft» ein Ganzes, darin sich der einzelne als nützlich zu erweisen hat.⁵⁴ Die Idee der Gemeinschaftlichkeit der Menschen verbindet sich mit dem landläufigen Verständnis einer Gütergemeinschaft biblischer Herkunft⁵⁵ genauso, wie sich darin die damals gängigen politischen Forderungen nach Gleichheit und Brüderlichkeit widerspiegeln. Die damals ketzerische Ansicht eines weltimmanenten Gottes, wie ihn der Spinozismus vertritt, läßt sich auch mit Stellen aus dem Neuen Testament belegen.⁵⁶ Desgleichen entstammt das Wort vom «kommenden Reich Gottes auf Erden» dem Neuen Testament.⁵⁷ Die Metapher kann sich aber auch in ihrer religiös-politischen Zweideutigkeit den abgewerteten Begriff vom «Reich deutscher Nation» zunutze machen und ihn in der utopischen Vorstellung einer vereinigten Menschheit wiederbeleben.⁵⁸

IV. Hölderlin und die Rechtswissenschaft

Mit solch einem religiös-politischen Utopismus, der den geschichtlich gewordenen Vergesellschaftungsformen zwar nicht Unverständnis, von seiner Zielrichtung her jedoch Desinteresse bis Ablehnung entgegenbringt, hat sich bisher noch nie «groß Staat machen» lassen – ein weiteres Handicap also für eine erfolgreiche Rezeption durch eine etatistisch orientierte Wissenschaft. Hinzu kommt die Tatsache, daß sich jedenfalls die deutsche Rechtswissenschaft sowohl mit der Hegelschen Rechts- und Staatsauffassung als auch ganz besonders mit Spinozas rechtsphilosophischem Konzept schwer getan hat, wo sie sich nicht darüber «souverän» hinwegsetzen konnte. Was sich hinter dieser Unbekümmertheit wissenschaftsgeschichtlich verbirgt, muß jedoch Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein.

⁵⁴ M. Riedel, Artikel, «Gesellschaft/Gemeinschaft», in: GG II, 1975/ND 1979, 818.

⁵⁵ Ebd., 817.

⁵⁶ Lk 17, 20f.: Es handelt sich dabei um eine zentrale Stelle für den deutschen Idealismus; für Hegel, vgl. Jamme, wie Fn. 14, 68, 213; Kant, wie Fn. 48, 204ff.; ferner: ApG 17, 28; 1 Joh 4, 8ff. (vgl. dazu wiederum Spinozas Motto aus 1 Joh 4, 13 zu seinem Tractatus [Fn. 53], Titelblatt).

⁵⁷ Mt 6, 10.

⁵⁸ K. O. Frh. v. Aretin/N. Hammerstein, Artikel «Reich», in: GG V, 1984, 484.

Allein, die Verfestigung unserer Begriffe und unseres Verständnisses ist natürlich nicht nur eine Frage der Gewöhnung, sondern auch eine Sache des Quellenstandes. Hier kann zuweilen (bewußt) falsch vorgespart werden. Es ist doch eigenartig, daß gerade Hegel in seinem gedruckten Werk peinlich darauf achtete, seinen Freund Hölderlin mit Namen nicht zu erwähnen.⁵⁹ Ebenso verschwieg Savigny der Nachwelt sein eminentes Interesse an Hölderlins «Hyperion», den er teilweise exzerpiert hatte, wie neulich *Joachim Rückert* feststellen konnte.⁶⁰ Neckische Details vielleicht, im dargelegten Kontext jedoch von größter Bedeutung. Denn wenn der Einfluß Hölderlins auf Hegel in dem Umfang bestand, wie uns neuentens bewußt gemacht wird, und auch das Verhältnis Savignys, der als Vater unserer Disziplin figuriert, zum Idealismus und Objektivismus unter Einbezug der Vermittlungsfunktion Hölderlins neu zu beurteilen ist, dann wird es naheliegen, weitere, bisher nicht wahrgenommene Beziehungen zwischen Hölderlin und der deutschen Rechtswissenschaft anzunehmen und ausmachen zu können. Dies fordert konsequenterweise zur wissenschaftsgeschichtlichen Revision. Von einer erneuten Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit Hölderlins Rechtsanschauungen ist auch eine Erneuerung der rechtswissenschaftlichen Disziplin selbst zu erwarten, insoweit dadurch Grundfragen der Vergesellschaftung aus der Sicht einer verdrängten rechtsphilosophischen Tradition wieder zu erwägen sind. Hölderlins Rechtsdenken beruht im wesentlichen auf solch verdrängten rechtsphilosophischen Traditionen, nämlich auf der neuplatonischen und spinozistisch inspirierten Vereinigungsphilosophie des 18. Jahrhunderts. Denn nur gemessen an den etatistisch orientierten Gesellschaftskonzepten, die sich wissenschaftlich zu etablieren und in der Folge unsere heutige Optik mit zu konstituieren vermochten, erscheinen die Hölderlinschen Rechtsanschauungen als außergewöhnlich und utopisch.

⁵⁹ *Jamme*, wie Fn. 14, 19; vgl. dazu den Register-Band zur Suhrkamp-Edition: *G. W. F. Hegel*, Werke in zwanzig Bänden, 1969/71.

⁶⁰ *J. Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Carl Friedrich von Savigny, 1984, 234, 254ff., 335ff.

Quellennachweise

1. “Law and Authority” – A political and legal paradigm by Thomas Hobbes and its different receptions in USA, Britain and Germany since 1989 in: *Comparative Legal History* 2014.
2. Spinoza und die christliche Mystik des 17. Jahrhunderts – eine kritische Erörterung des Säkularisierungsbegriffs, in: *Recht, Konfession und Verfassung im 17. Jahrhundert. West- und Mitteleuropäische Entwicklungen*, hrsg. v. Robert von Friedeburg, Mathias Schmoeckel, Berlin: Duncker & Humblot 2015 (= *Historische Forschungen* 105), S. 243–260.
3. Kapitel «Grundverständnis dieser Rechts- und Gesellschaftsphilosophie», in: *Rechts- und Gesellschaftsphilosophie. Historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechtsphilosophie. Eine Einführung mit Quellenmaterialien. Mit einem Gastbeitrag zum «Sinomarxismus» von Prof. Dr. phil. und Dr. iur. Harro von Senger*, Zürich/St. Gallen: Dike, 2. Aufl. 2016.
4. Wozu sind Juristen auszubilden? – Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform, in: *Rechtskultur. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 1 (2012) Heft 1, S. 109–119; als Zweitveröffentlichung in: *Rechtswissenschaft und Juristenausbildung. Fünf kritische Beiträge zu Grundlagenfragen der Wissenschaft des Rechts nach Einführung der Bologna-Reform*, Zürich/St. Gallen: Dike 2013, S. 71–96.
5. The methodological debates in German-speaking Europe (1960–1990), in: *Making legal history: approaches and methodologies*, hrsg. v. Anthony Musson, Chantal Stebbings, Cambridge: Cambridge University Press 2012, S. 108–117.
6. Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: *Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, hrsg. v. Rolf Sethe et al., Bern: Stämpfli 2011, S. 913–929; als Zweitveröffentlichung in: *Journal für Juristische Zeitgeschichte*, Band 13 (2012) 1, S. 3–20.
7. Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten, in: *Universitäres Wissen teilen – Forschende im Dialog*, hrsg. v. Hans-Ulrich Rüggeger, Martina Arioli, Heini Murer, Zürich: vdf Hochschulverlag 2009, S. 145–151.
8. Legal Education in England and the German Historical School of Law in the Nineteenth Century, in: *Law in the City. Proceedings of the Seventeenth*

- British Legal History Conference, London, 2005, hrsg. v. Andrew Lewis, Paul Brand, Paul Mitchell, Dublin: Four Courts Press 2007, S. 249–261.
9. Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie der frühen Neuzeit, in: Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages, hrsg. v. Rolf Lieberwirth, Heiner Lück, Baden-Baden: Nomos 2008, S. 400–421.
 10. Grenzen und Risiken der Hirnforschung – Folgerungen für die Rechtswissenschaft, in: Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften, hrsg. v. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich: Schulthess 2008, S. 1–12.
 11. Was wollen wir wissen, und wo ist es überhaupt sinnvoll, weiterzudiskutieren? Einführungsreferat zur wissenschaftlichen Grundlagenproblematik, in: Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern, hrsg. v. Marcel Senn, Dániel Puskás, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2006, 171 S. (= ARSP Beiheft Nr. 111), S. 11–26.
 12. War Thomasius Spinozist? – Zur Spinozismus-Rezeption an den brandenburg-preussischen Universitäten (zusammen mit Susanne Raas), in: Christian Thomasius (1655–1728), Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung. Rechtswissenschaftliches Symposium zu seinem 350. Geburtstag an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, hrsg. v. Heiner Lück, Hildesheim/Zürich/New York: 2006, S. 55–73.
 13. Frei denken – staatlich handeln, in: Transformation der Metaphysik in die Moderne. Zur Gegenwärtigkeit der theoretischen und praktischen Philosophie Spinozas. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, hrsg. v. Michael Czelinski, Thomas Kisser, Robert Schnepf, Marcel Senn, Jürgen Stenzel. Würzburg: Königshausen & Neumann 2003, S. 112–126.
 14. Bank und Börse am Zürcher Finanzplatz im 19. Jahrhundert – eine rechtshistorische Skizze eines erfolgreichen Lernprozesses, in: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2004, S. 407–417.
 15. «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Jürg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch, Jörg Rehberg, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2001, S. 27–42.

16. Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren, in: ZRG.GA 116 (1999), S. 407–435.
17. Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli, in: ZRG.GA 110 (1993), S. 372–405.
18. Spinoza und die Diskursethik, in: *Studia Spinozana* 9 (1993). Spinoza and Modernity: Ethic and Politics, S. 297–331.
19. Juristenschicksale und Schicksalsjuristen (Sammelbesprechung von drei Abhandlungen zur Rechtsgeschichte und -wissenschaft im Nationalsozialismus): Christian Schudnagies, Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs, Frankfurt/M: Lang, 1989. 168 S. (Rechtshistorische Reihe 67); Georg Brun, Leben und Werk des Rechtshistorikers Heinrich Mitteis unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zum Nationalsozialismus, Frankfurt/M: Lang 1991, 207 S. (Rechtshistorische Reihe 83); Wolfgang Simon, Claudius Freiherr von Schwerin, Rechtshistoriker während dreier Epochen deutscher Geschichte, Frankfurt/M: Lang, 1991, 343 S. (Rechtshistorische Reihe 84), in: *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 181–193.
20. Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft. Friedrich Hölderlins religiös-politische Utopie, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 10 (1988), S. 38–46. Zuerst veröffentlicht unter dem Titel «Hölderlins religiöse Utopie», in: *Quot capita, tot sententiae*, C.(Clausdieter) Schott, Zürich 1986, S. 59–68 (privatgedruckte Festschrift).

Personenregister

Erfasst sind Personennamen in den Lesetexten und im Anmerkungsapparat, soweit diese im Zusammenhang mit einer Aussage stehen. Nicht erfasst sind Personennamen, soweit sie die Autorschaft bezeichnen.

A

Adelung, Johann Christoph 385
 Alexy, Robert 110
 Ammann, Dominique 35
 Ammann, Paul 154
 Antigone 112, 115, 378–379
 Apel, Karl-Otto 338–341, 346
 Aquin, Thomas von 23, 42
 Aristoteles 49, 61, 112–113, 115, 236, 265, 339, 347
 Arnold, Gottfried 201
 Altkirch, Ernst 39, 199
 Austin, John 133, 135–138

B

Bach, Johann Sebastian 37–38
 Bacon, Francis 156, 177
 Bartuschat, Wolfgang 35, 44, 52
 Baruzzi, Arno 28
 Baumgold, Deborah 24
 Berg, Alban 269
 Bender, Clara 272, 277
 Bentham, Jeremy 23, 138
 Berkowitz, Peter 24
 Berlinski, Claire 22
 Bertaux, Pierre 376, 377
 Bethmann-Hollweg, Theobald von 275
 Bieri, Peter 188
 Binding, Karl 275, 279–280, 286
 Bismarck, Otto von 286
 Blackstone, William Sir 134–136
 Blickle, Peter 46
 Blumenberg, Hans 46

Bluntschli, Johann Caspar 6, 9–10, 132, 138, 266, 283, 285, 295–299, 303–320, 322–325
 Böhme, Jakob 38, 40, 42, 47, 50, 53
 Böschen, Stefan 86
 Bohn, Johannes 154
 Bonifacius VIII. (Papst) 30
 Bourdieu, Pierre 97, 112
 Boxel, Hugo 44
 Brammer, Annegret 295
 Brater, Karl 295, 303
 Braybrooke, David 23
 Brecht, Bertold 269, 369
 Breining-Kaufmann, Christine 207
 Brown, George Spencer 117
 Brucker, Jakob 201
 Brun, Georg 360–361, 365, 368, 370, 372
 Bryce, James 138
 Buddha, s. Gautama
 Büchner, Georg 192, 269
 Bühler, Winfried 120
 Buerse, van der (Familie) 238
 Buja, Andres 91, 127
 Bunce, Robin 24, 26
 Bunge, Wiep van 53
 Burgdörfer, Fritz 273
 Burmeister, Karl Heinz 155

C

Campanella, Tomaso 51, 250
 Campbell, Enid 137
 Capitant, Henri 132

Carpzov, Benedict 196
Carus, Carl Gustav 266, 305
Castro, Rodrigo de 153
Celsus 111
Chamberlain, Houston Stewart 267,
272–273
Christen, Markus 189, 191
Christus (Jesus) 35, 38, 41, 113, 196
Coccej, Samuel von 160
Codronchi, Giovanni Battista 154
Coelen, Marcus 85
Cohen, I. Bernard 145
Conti, Leonardo 275
Conze, Werner 306
Cooke, Paul 24
Cornish, William 135–136
Czelinski, Michael 200
Czepko, Daniel Reigersfeld von 47, 38,
40, 47, 49–50, 53

D

Darwin, Charles 268–269, 286, 305
Deigh, John 23
Dellguth, H. 278
Den Uyl, Douglas J. 328
Descartes, René 49, 151–152, 157, 328
Dohm, Christian 302
Domat, Jean 158
Dreitzel, Horst 209
Driedo, Johannes 51
Dunn, John 26
Duns Scotus, Johannes 42
Durkheim, Émile 116
Dürr, Johann Conrad 200
Dyzenhaus, David 24

E

Eckhardt, Karl August 361–362, 364
Eckhart von Hochheim, (Meister
Eckhart) 50
Eggers, Daniel 29, 31

Eichhorn, Karl Friedrich 307
Empedokles 380–381
Enden, Franciscus van den 53
Engels, Friedrich 268
Ernst, Wolfgang 81, 87, 127

F

Fabricius, Johann Ludwig 200
Farber, Daniel A. 69
Fassbender-Ilge, Monika Hildegard 295
Felden, Johannes von 158
Ferri, Enrico 257, 281
Fetscher, Iring 27
Feuerbach, Ludwig Andreas 52
Feuerbach, Paul Johann Anselm von
52, 254–255, 259–261
Fichte, Johann Gottlieb 303, 377–378,
384
Fidelis, Fortunatus 153–154
Fischer, Alfons 267, 274
Fischer-Hornberger, Esther 153–154
Foelix, Jean-Jacques Gaspard 132
Foucault, Michel 97
Francioni, Reto 245
Francke, August Hermann 197
Frank, Hans 360–363, 365, 368, 371
Franz II. (Kaiser HRR, ab 1804 Franz I.,
Kaiser von Österreich) 131
Freud, Sigmund 331, 348
Friedrich Wilhelm, Herzog von
Kurland, 204
Fries, Jakob Friedrich 303
Fritschi, Barbara 101, 141, 163
Freudenthal, Jakob 40
Fukuyama, Francis 22

G

Gadamer, Hans-Georg 28, 94
Galilei, Galileo 48, 51, 157
Galton, Francis 268–269
Garofalo, Raffaele 257

Gassendi, Petrus (Pierre) 49
 Gaus, Gerald 23
 Gautama, Siddharta 42, 61–62, 113
 Gauthier, David 22–23
 Gawlick, Günter 212, 214
 Geiger, Brigitte 295, 305, 319
 Géný, François 132
 George, Stefan 376
 Gibbon, Edward 134
 Glanville, Ranulph 117–118
 Gloy, Karen 145
 Gobineau, Joseph Arthur Comte de
 266–267, 269, 295, 298, 305–306,
 309, 312, 319, 322–323
 Göring, Hermann 372
 Goethe, Johann Wolfgang von 43, 125,
 201, 207, 328
 Gracian, Balthasar 202
 Gregor VIII. (Papst) 30
 Grolmann, Karl 253–254
 Grossmann, Marcel 241
 Grotius, Hugo 41, 45, 150
 Grotjahn, Alfred 265
 Grunert, Frank 11, 152, 202, 209–210
 Gschwend, Lukas 104, 192, 270
 Günther, Hans Friedrich Karl 282

H

Habermas, Jürgen 8, 52, 94, 116, 188,
 328, 338–339, 341–346, 349–350,
 353–354
 Haferkamp, Hans-Peter 9–10, 103, 138
 Hager, Günter 111, 114
 Haggard, Patrick 169, 190
 Hammacher, Klaus 328
 Harrison, Ross 26
 Hayward, Abraham 134, 138
 Hecker, Konrad 328, 350
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 10,
 42, 61, 63, 112–113, 115, 161, 255–
 257, 260, 262, 375, 377–378, 381,
 383–386

Heineccius, Johann Gottlieb 160
 Hell, Daniel 104
 Hemsterhuis, Frans 378
 Henne, Thomas 6
 Hennis, Wilhelm 29
 Heraklit 383
 Herder, Johann Gottfried 378
 Hitler, Adolf 278–279, 283, 286
 Hobbes, Thomas 12, 14–15, 17, 18–33,
 48, 55, 148–150, 157, 198, 202, 208,
 213, 227, 230, 250, 328, 345–346,
 383–384
 Hoche, Alfred 275, 279–280, 286
 Hochhuth, Martin 193
 Hochuli, Willy 295
 Hodann, Max 267
 Höffe, Otfried 29
 Hoeflich, Michael H. 133–134, 136,
 139
 Hölderlin, Friedrich 8, 375–384, 386
 Hoffmann, Hermann 282
 Hofmann, Markus 263
 Hohl, Manfred 40
 Holbach, Paul Thiry de 43
 Holdsworth, William 134
 Hostenstein, Elmar 113
 Hortzitz, Nicoline 297–298, 304, 317,
 319
 Hugo, Gustav von 134, 158
 Hull, Gordon 25
 Humboldt, Wilhelm von 13, 140, 302
 Hunt, James 266

I

Ikenberry, G. John 21–22
 Ilting, Karl-Heinz 151

J

Jacobi, Friedrich Heinrich 378
 James, William 31
 Jaspers, Karl 113

Jaume, Lucien 33
Jesus (Christus) 35, 38, 41, 113, 196
Jhering, Rudolf von 260–262, 268, 280, 286
Johann Georg III. (Kurfürst) 203
Johannes (Evangelist) 38, 331, 385
Justinian (oström. Kaiser) 158–159

K

Kant, Immanuel 10, 52, 55, 164, 196, 218, 222, 238, 252–255, 257, 262, 266, 268, 286, 300, 339, 340, 347–348, 377–378, 383–384
Karl V. (Kaiser) 196
Keller, Christoph 270
Keller, Friedrich Ludwig von 132–133, 138
Kent, James 136
Kersting, Wolfgang 28
Ketteler, Wilhelm Emmanuel Freiherr von (Bischof) 310
Kleinschrod, Gallus Aloys 253
Klever, Wim 53
Klippel, Diethelm 4
Knox, Robert 266
Koch, Robert 265
Kocher, Hermann 241
Kohlrausch, Eduard 272
Kondylis, Panajotis 145
Konfuzius, siehe Kung-Tse
Koselleck, Reinhart 30
Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius 301
Kramer, Stefan 238
Kreon 112, 115
Kretschmann, Carsten 6
Kroeschell, Karl 274
Kroh, Ulrich 189
Kues, Niklaus von 144
Kühl, Stefan 270, 283–284
Kuhn, Thomas S. 4, 19–20, 31, 155, 169–170

Kung-Tse (Konfuzius) 42, 61, 113
Kurland, Friedrich Wilhelm von 204
Kurth, Christoph 327
Kusukawa, Sachiko 145

L

Lange, Johann 272, 277
Landsberg, Ernst 213
La Mettrie, Julien Offray de 43
Lao-Tse 113
Lau, Hakwan 169
Lau, Theodor Ludwig 204, 212
Lauermann, Manfred 206
Leibniz, Gottfried Wilhelm 157, 160, 196, 199, 214, 378, 383
Lenin, Wladimir Iljitsch 143, 167–168
Lennon, John 117
Lenz, Fritz 273
Lessing, Gotthold Ephraim 302
Levine, Andrew 23
Leyser, Augustin 159
Libet, Benjamin 169, 189
Lieberwirth, Rolf 203
Linder, Niklaus 236
Lindley, Nathaniel 137–138
Linke, Angelika 125
Liszt, Franz von 258–260, 262
Lloyd, Sharon Anne 23
Locke, John 152
Löning, Edgar 312
Lombroso, Cesare 257, 281, 301
Long, George 137–138
Lübbe, Hermann 46
Lück, Heiner 11
Luhmann, Niklas 78, 97, 107, 115–118, 318, 346
Luig, Klaus 213
Luminati, Michele 4, 327
Luther, Martin 49, 199–200, 202, 209

M

Machiavelli, Niccolò 269, 328
 MacCormick, Neil 111
 Mackeldey, Ferdinand 137
 Mahler, Gustav 272
 Maine, Henry James Sumner 137–139
 Maitland, Frederic William 137
 Mantz, Caspar 158
 Maria Josepha, Kurfürstin 38
 Markby, William 137
 Markesinis, Basil S. 139
 Marr, Wilhelm 267, 303–304
 Martel, James R. 23
 Marx, Karl 52, 161, 268, 298, 348
 Matheron, Alexandre 35, 328
 Mausen, Yves 148
 Meng-tsi (Menzius) 42
 Meltzer, Edwald 265
 Mezger, Edmund 276
 Michels, Robert 268
 Miles, Robert 300
 Mitteis, Heinrich 359–364, 368, 370–372
 Mohl, Robert von 266, 283, 297–298, 315
 Montesquieu, Charles-Louis de
 Secondat, Baron de La Brède et de
 Montesquieu 134, 227, 251
 Monyer, Hannah 142, 169, 188
 Morus, Thomas 145, 250
 Mosca, Gaetano 268
 Mosse, George L. 269, 300
 Muckermann, Hermann 271, 273–276
 Mühlemann, Guido 235
 Müller, Bertold 192, 258
 Münkler, Herfried 28, 342
 Murphy, Marc 24
 Musäus, Johannes 200

N

Napoleon I, Bonaparte 131, 382
 Negri, Antonio 328, 350
 Neschke-Hentschke, Ada 52, 112
 Neuber, Wolfgang 152
 Niebuhr, Reinhold 46
 Niederberger, Katharina 17, 35, 65
 Nietzsche, Friedrich 27, 267, 273, 348 376
 Nörr, Knut Wolfgang 127–128
 Nozick, Robert 22

P

Palfreyman, David 81
 Paracelsus, Philippus Theophrastus
 Aureolus Bombastus von Hohenheim 50
 Pareto, Vilfredo 268
 Parsons, Talcott 116
 Pfeiffer, Augustin 197
 Pigenot, Ludwig von 376
 Plack, Arno 247
 Planiol, Marcel 132
 Plato(n) 112–113, 251, 265, 328, 377–378, 384
 Ploetz, Alfred 265–266, 269, 273
 Pohlig, Matthias 46
 Pollack, Detlev 46
 Pollock, Frederick 136, 138
 Poscher, Ralf 110–111
 Pott, Martin 204, 209, 211
 Prinz, Wolfgang 188
 Proudhon, Pierre-Joseph 306
 Puchta, Georg Friedrich 138
 Pütter, Johann Stephan 158
 Pufendorf, Samuel von 148, 150, 157, 160, 198, 202–204, 383

R

Raas, Susanne 11, 195
 Radbruch, Gustav 30, 382
 Raey, Johannes de 49
 Ramus (Ramée), Petrus 49
 Rappolt, Friedrich 200, 202
 Raster, Josua 242
 Rawls, John 24, 33
 Raz, Joseph 27
 Reddie, John 138
 Reimann, Mathias 133
 Reglindis von Naumburg 65
 Renzi, Silvia de 153
 Ricci, Matteo 205
 Riklin, Alois 9
 Rilke, Rainer Maria 376
 Ristow, Erich 278–279
 Röd, Wolfgang 35, 157, 212–214, 219
 Roessiger, Susanne 263
 Rohmer, Friedrich 296, 305, 308–309, 311
 Romer, Hermann 327
 Rossi, Pellegrino 132
 Roth, Gerhard 12, 104
 Rotteck, Karl von 266, 283, 297, 303–304, 312
 Rousseau, Jean-Jacques 150, 218, 227–228, 378, 384
 Rückert, Joachim 4, 386
 Rüdiger, Andreas 158
 Rürup, Reinhard 303–304
 Rüthers, Bernd 294
 Ryan, Alan 26

S

Salomo(n) 41, 48, 210, 219, 330, 336–337, 354
 Samely, Alexander 36, 44
 Savigny, Friedrich Carl von 105, 130, 132–134, 136–139, 307, 386
 Schallmayer, Wilhelm 265–266

Schatz, Gottfried 109, 193
 Scheffler, Johannes (Angelus Silesius) 38, 40, 47–48, 50, 53
 Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph von 375, 381, 383
 Schemann, Ludwig 266
 Schilter, Johann 159
 Schindler, Dietrich 296
 Schlögl, Rudolf 46
 Schmid, Niklaus 248–250, 261–262
 Schmidinger, Heinrich 142
 Schmidt, Johann Lorenz 205
 Schmitt, Carl 20, 28, 30, 32, 46
 Schmoeckel, Mathias 28, 143
 Schneiders, Werner 11, 197, 203
 Schnepf, Robert 44, 220
 Schnitzler, Arthur 109, 288, 302
 Scholl, Hans 364
 Scholl, Sophie 364
 Schott, Clausdieter 8, 293, 375
 Schönauer, Isabelle 41, 65
 Schröder, Jan 104, 157
 Schröder, Maria-Brigitta 206
 Schröder, Winfried 44
 Schudnagies, Christian 360–363, 365, 370–371
 Schulthess, Peter 123, 156–157
 Schwartz, Robert A. 245
 Schwarzenegger, Christian 248
 Schwerin, Claudius Freiherr von 359–362, 364, 366–367, 370–372
 Scotus, s. Duns Scotus
 Seckendorff, Veit Ludwig von 209, 211
 Sedmak, Clemens 142
 Seidl, Alfred 365
 Semmelweis, Ignaz 265
 Senger, Harro von 31, 55
 Seneca, Lucius Annaeus 56, 251
 Shaftesbury, Anthony Ashley-Cooper 378
 Shakespeare, William 91, 118
 Shapiro, Barbara J. 153
 Shapiro, Lisa 151

Sherry, Suzanna 69
 Siddharta, s. Gautama
 Silesius, Angelus s. Scheffler, Johannes
 Simon, Wolfgang 360, 365–368, 370
 Sinauer, Erika 364
 Singer, Wolf 12, 142, 168, 173–174, 178–190
 Skinner, Quentin 20, 26, 32
 Sokrates 56, 113, 346
 Sombart, Werner 237
 Sophokles 111
 Sorell, Tom 26
 Sparn, Walter 199
 Spencer, Herbert 269
 Spengler, Oswald 272–273
 Spinoza, Baruch de 6, 8, 10, 12, 14–15, 35–45, 47–50, 52–54, 61, 70, 125, 148–153, 156, 196, 198–201, 203–208, 210–215, 217–233, 246, 250, 328–337, 344–345, 347–355, 377–378, 384–385
 Stahl, Friedrich Julius 297–298, 304, 314, 324
 Stein, Charlotte von 201
 Stein, Peter 136–138
 Steinberg, Georg 212
 Steinle, Friedrich 155
 Stintzing, Roderich von 312
 Störig, Hans Joachim 47
 Stolle, Gottlieb 204
 Stolleis, Michael 157, 274
 Story, Joseph (Justice) 135–136
 Stosch, Friedrich Wilhelm 201, 204
 Strauss, Leo 20, 32–33
 Strunz, Catherine 263
 Struve, Friedrich Gottlieb 160
 Stühler, Hans-Ulrich 158
 Sturm, Johann Christoph 200
 Sullivan, Vickie 24
 Sybel, Heinrich von 298

T

Tacitus 269
 Tag, Brigitte 104
 Tanner, Jakob 244, 270, 288
 Tapper, Ted 81
 Taylor, Alfred Edward 20, 28, 32
 Thatcher, Margaret 22
 Thibaut, Anton Friedrich 130, 136–138
 Thier, Andreas 97
 Thiry d’Holbach, s. Holbach
 Thomasius, Christian 11, 49, 151–152, 159, 195–199, 201–206, 208–215, 251
 Thomasius, Jacob 199, 202
 Thukydides 269
 Thun-Hohenstein, Leo 132
 Timm, Albrecht Wilhelm 303
 Toepfer, Georg 189
 Treuer, Gottlieb 204
 Tschirnhaus, Ehrenfried Walther von 153, 212, 214

V

Varela, Francisco 117–118, 169, 190
 Vaughan, Geoffrey 24
 Velthuysen, Lambert van 44
 Vieira, Monica Brito 26
 Vladescu, Mihai 65, 101, 163
 Voigt, Rüdiger 29
 Vollgraff, Karl 266, 305–306
 Vollhardt, Friedrich 196
 Vontobel, Jacques 295
 Vogt, Hans-Ueli 245
 Vogt, Oskar 143, 176
 Voppel, Reinhard 159
 Vormbaum, Thomas 4
 Vuilleumier, Patrik 192

W

Wagner, Richard 267, 298, 304, 308
Walter, William Grey 190
Walther, Manfred 36, 199–200, 213,
217, 223, 328–329, 334, 336, 351
Ward, Lee 24
Warrender, Howard 20, 28, 32
Weber, Max 45
Weber, Rolf H. 101
Wecker, Regina 270
Wehler, Hans-Ulrich 302, 306
Weigel, Erhard 157
Weisberg, Deena Skolnick 167
Welcker, Carl Theodor 266, 283, 303,
312
Welsch, Gottfried 154
Wessel, Helene 272
Wieacker, Franz 159, 346
Wiebking, Wolfgang 211
Willms, Bernard 19–20
Willoweit, Dietmar 362
Wilser, Ludwig 265, 267

Windscheid, Bernhard 105
Wingert, Lutz 188
Winkler, Wilhelm Friedrich 280–282
Witt, Johan de 219, 225, 229
Wolf, Erik 286, 376–377
Wolf, Julius 239
Wolff, Christian von 11, 49, 151, 158,
197, 205–206
Wüst, Walter 361

Y

Yovel, Yirmiyahu 36, 348

Z

Zacchia, Paolo 154
Zagorin, Peresz 25
Ziegler Witschi, Béatrice 270
Zippelius, Reinhold 29
Zenker, Kay 48–49, 51
Zobl, Dieter 235, 238
Zurbuchen, Simone 209

Dieser Band versammelt zwanzig zentrale Beiträge von Marcel Senn, dessen stetes Anliegen es war und ist, daran zu erinnern, wie das sogenannte wissenschaftliche Wissen in der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie entsteht und entstanden ist, und wie sich dieses Wissen entlang des gesellschaftspolitischen Diskurses wandelte. Zugleich klärt Senn, was für den Bestand einer reflexiven Rechtswissenschaft weiterhin unabdingbar und wesentlich bleibt. Mit der Wiederveröffentlichung dieser zwischen 1986 und 2015 erschienenen zwanzig Beiträge vertritt der Autor sein wissenschaftliches Grundanliegen nochmals ebenso klar und entschieden.

Marcel Senn (geb. 26. März 1954) ist seit 1995 Professor für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtsphilosophie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, deren Prodekan (2006–2008) und Dekan er von 2008 bis 2010 war. Ferner war er Präsident der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) von 2005 bis 2009.

